Römer

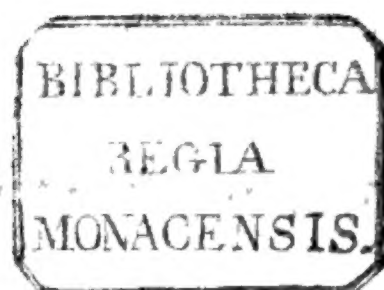
Sammlung
der
Entscheidungen
des
Oberappellationsgerichts zu Lübeck
in
Frankfurter Rechtssachen
mit Berücksichtigung
der Erkenntnisse der früheren Instanzen.

Herausgegeben
von
Dr. Joh. Jac. Römer.
Adv. ord.

Vierter Band,

enthaltend den Zeitraum der Jahre 1846, 1847, 1848 u. 1845.

Frankfurt a. M.
Ferdinand Boselli.
1861.



Entscheidungen

des

Oberappellationsgerichtes

im

Jahr 1846.

I.

Franz Carl Hiller dahier, Kläger

contra

dessen Ehefrau Anna Maria Josepha, geb. Baillé, Beklagte.

In vorliegender Ehescheidungssache beantragte die Beklagte, daß ihr der Kläger die Proceßkosten vorlege. Dieser Antrag wurde vom Stadtgerichte am 19. Februar 1844 verworfen, weil Kläger bereits fl. 800 jährlich seiner Ehefrau Alimente zahle, diese somit hinlängliche Mittel zur Bestreitung der Proceßkosten besitze. Auf Appellation der Beklagten wurde dies Urtheil bestätigt vom

Appellationsgerichte am 19. April 1846

Oberappellationsgerichte am 15. Januar 1846.

1. Ist der Ehemann im Ehescheidungsprocesse verpflichtet, neben der Alimentation der Ehefrau auch noch die Proceßkosten vorzulegen?

Wäre die hier zur Entscheidung vorliegende Frage, ob der Kläger verpflichtet sei, der Beklagten, obgleich sie bereits eine Alimentation von jährlich fl. 800 aus dem ehelichen Vermögen bezieht, überdieß noch die Proceßkosten vorzuschießen, nach gemeinem Rechte, nämlich aus dem Gesichtspuncte einer dem Ehemanne persönlich obliegenden Leistung, zu beurtheilen, so könnte die Verneinung derselben unter den concreten Umständen kaum zweifelhaft sein. Denn obwohl es nicht an Rechtslehrern fehlt, welche dem Ehemanne unbedingt diese Verpflichtung auferlegen,

Thibaut Pandecten § 348

so ist doch dieser Grundsatz ein in seinen Folgen so höchst bedenklicher, und das Recht, welches dadurch der Ehefrau eingeräumt

wird, ein so exorbitantes, daß, da derselbe auch auf einem positiven Gesetze überall nicht beruht, bei dessen Anwendung dem richterlichen Ermessen nothwendig ein großer Spielraum eingeräumt werden muß. Dieses aber würde unbedenklich dahin führen, der Beklagten, nachdem sie bereits Alimente zu dem angegebenen Betrage bezieht, welcher, da sie lediglich für sich selbst zu sorgen hat, ansehnlich genug ist, um davon auch noch die Kosten des Processes zu bestreiten, schon aus diesem Grunde das Recht, einen Kostenvorschuß vom Kläger zu verlangen, gänzlich abzusprechen.

Allein es kommt im vorliegenden Falle auf das Frankfurter Recht an und da erscheint die Sache allerdings nicht ganz zweifellos. Denn da nach dortigem Rechte die Einkünfte des ehelichen Vermögens gemeinschaftliches Eigenthum beider Eheleute sind,

Ref. III. 6. 51
Ref. V. 5. 52

mithin die Ehefrau, auch wenn sie gar nichts in die Ehe inferirt hat, so lange diese nicht förmlich aufgehoben ist, also auch während eines Ehescheidungs-Processes, den Mitgenuß jener Einkünfte anzusprechen ein Recht hat, so scheint daraus allerdings zu folgern, daß, insofern der Ehemann sich im Alleinbesitze des ehelichen Vermögens befindet und nicht etwa eine provisorische Vertheilung der Einkünfte desselben unter den Eheleuten stattgefunden hat, der Ehefrau, ungeachtet der ihr zuerkannten Alimente, ein Recht auf die Leistung von Vorschüssen aus dem ehelichen Vermögen zur Bestreitung der Proceßkosten nicht wohl abgesprochen werden könne.

Auch sind die Gründe, weßhalb der Kläger meint, daß die Beklagte in vorliegendem Falle dieses Recht nicht in Anspruch nehmen könne, sämmtlich nicht durchgreifend. Denn

1. hat die Beklagte wegen ihres Rechtes auf den Mitgenuß des ehelichen Vermögens einen Anspruch auf den Kostenvorschuß, so kann der Kläger diesen Anspruch nicht füglich durch den Einwand beseitigen, daß derselbe eigene Mittellosigkeit voraussetze, die Beklagte wegen der ihr zuerkannten Alimente aber nicht mittellos sei. Ebenso unzutreffend ist es, wenn der Kläger

2. behauptet, die der Beklagten unter dem Namen von Alimenten zugebilligten fl. 800 jährlich bildeten ein selbstständiges freies Einkommen derselben, indem dieses nur dann in Betracht kommen könnte, wenn ganz abgesehen von der persönlichen Verpflichtung des Klägers, seine Ehefrau zu alimentiren, aus dem Grund des der letzteren zustehenden Miteigenthums an den Einkünften des ehelichen Vermögens eine vorläufige Vertheilung derselben unter den Eheleuten stattgefunden hätte, was nicht der Fall ist. Daß

3. darauf, daß die Beklagte nichts in die Ehe inferirt habe, was diese überdies bestreitet, bei der vorliegenden Frage nichts ankommt, ist bereits oben bemerkt worden. Ferner

4. kann der Kläger sich auch darauf nicht berufen, daß der Grund der angestellten Ehescheidungsklage, nämlich das ehebrecherische Verhältniß der Beklagten zum Capitain S. durch die vom Kläger in erster Instanz beigebrachten Bescheinigungen bereits höchst wahrscheinlich gemacht sei. Denn obgleich zwar einige Rechtslehrer behaupten, daß in solchem Falle die Verpflichtung des Ehemannes der Frau im Ehescheidungsprocesse die Kosten vorzuschießen, hinwegfalle,

Leyser meditat. sp. 313 m. 7
Müller ad Leyserum obs. 555

so bezieht sich doch dieser an sich schon bedenkliche und daher auch in der Praxis nicht durchgängig gebilligte Satz

Sam. Stryk de decreto interimistico cap. II. nte. 121
Reinharth ad Christianeum vol. V. obs. 29
Thibaut Pandecten § 348

a. theils auf den Fall, wo die Ehefrau die Klägerin ist, indem er eben aus Gesetzen hergeleitet wird, welche in einzelnen bestimmten Fällen den Beklagten für schuldig erklären, dem mittellosen Kläger die Proceßkosten vorzuschießen

L. 27 § 3 D. de inoff. test. (5, 2)
L. ult. C. de ordine cognit. (7, 19)
Leyser l. c. sp. 84 med. 7

theils kann er

b. nach Frankfurter Rechte, insofern der fragliche Anspruch der Ehefrau sich nicht auf einer persönlichen Verpflichtung des Ehemannes, sondern auf der Gemeinschaft der ehelichen Errungenschaft gründet, keinenfalls zur Anwendung gebracht werden *).

II.

Johann Heinrich Voltz dahier, Kläger

contra

Caroline Eleonore Wilhelmine Voltz, geb. Nagel dahier, Beklagte.

Es handelt sich um Zulassung nachträglicher Zeugen, die die Beklagte beantragt. Zugleich wurde die Appellation gegen ein früheres Decret des Stadtgerichts vom 14. Februar 1844 ausgedehnt, in welchem der Antrag der Beklagten, gewisse auf Antrag des Klägers entstandene, ihr nicht mitgetheilte Actenstücke ihr sofort mitzutheilen oder gänzlich aus den Acten zu entfernen, zur Zeit noch zurückgewiesen ward.

Das Stadtgericht verwarf am 14. Juni 1844 die nachträgliche Abhör der vorgeschlagenen Zeugin. Auf Appellation der

---

*) Wegen den besonderen Verhältnissen des Falles wurden die früheren Urtheile bestätigt, indem Kläger unter Festsetzung einer sehr bedeutenden Conventionalstrafe seinem Bruder gegenüber sich verbindlich gemacht hatte, die Substanz des Vermögens selbst nicht anzugreifen. Später bewilligte dieser Bruder den Vermögenscuratoren des Klägers, dessen Schulden mit Hülfe des Capitals zu bezahlen, und verzichtete auf die Conventionalstrafe für den Fall, daß die Curatoren durch Zuschlag eines Theiles der Zinsen das Capital wieder ergänzten. Es fehlte nun noch zur Zeit des Rechtsstreites ungefähr $^1/_{10}$ des Capitals, so daß das Oberappellationsgericht von der Ansicht ausging, daß, falls dieser Umstand den Richtern erster Instanz bekannt gewesen wäre, dieselben die Alimenten für die Ehefrau schwerlich auf fl. 800 bestimmt hätten.

Beklagten wurde dies Erkenntniß vom Appellationsgerichte am 23. August 1844 bestätigt und die weitere Beschwerde in Betreff jener Actenstücke als grundlos erklärt, während das Oberappellationsgericht am 27. Januar 1846 in Betreff des letzteren Punctes noch die Erleuterung zufügte, daß es sich von selbst verstehe, daß die fraglichen Verhandlungen künftig bei Entscheidung der Hauptsache zum Nachtheile der Beklagten nicht eher berücksichtigt werden dürften, als bis solche der Beklagten bekannt gemacht seien und sie darüber gehört worden sei. Ein Drittheil der Kosten letzter Instanz wurde compensirt, wogegen die Beklagte die übrigen zwei Drittheile dem Kläger zu erstatten verurtheilt wurde.

2. Ref. I. tit. 43 § 4.

Bei der Einwendung der Appellation ist von der Beklagten ganz und gar nicht gegen die Vorschrift des § 4 Ref. I. 43 gefehlt; denn dieser § 4 ist seinem ganzen Zwecke nach, zufolge der Schlußworte „vermöge der Recht," nur auf solche Bescheide zu beziehen, hinsichtlich welcher es dem Unterrichter noch frei steht, den Beschwerden selbst sofort abzuhelfen, und ist vom Oberappellationsgerichte beständig auch nur auf solche Bescheide angewendet worden.

Fr. S. Admin. des Staedel'schen Kunstinstitut c.
Staedel'sche Intestaterben 1825
v. Schweitzer c. v. Schweitzer 1835
Löb Franck c. Goll 1839

In diese Classe kann aber auch die sententia a qua nicht gerechnet werden.

3. Wann sind nachträglich vorgeschlagene Zeugen noch zuzulassen?

Die Beschwerde, daß die nachträglich vorgeschlagene Zeugin B. verworfen worden sei, mußte jedenfalls aus materiellen Gründen verworfen werden und zwar, weil die Beklagte diese Zeugin keineswegs erst „neulich" in Erfahrung gebracht hat, was nach

Ref. I. 36 § 3

doch eine Bedingung für die nachträgliche Zulassung von Zeugen ist. Man darf es nämlich

1. als zugestanden ansehen, daß die Beklagte diese Zeugin B. schon bald nach ihrer am 27. October 1842 dem Stadtgerichte übergebenen Beweisantretung gekannt habe; denn, obwohl sie dies nicht ausdrücklich eingeräumt hat, so hat sie doch, als der Kläger sowohl, als das Stadtgericht ihr entgegenhielten, daß sie diese Zeugin erst so spät — nämlich bei Gelegenheit ihrer am 5. März 1844 eingereichten Gegenbeweisantretung — vorgeschlagen habe, nicht etwa, was so nahe gelegen hätte, geantwortet, daß sie die Zeugin erst kürzlich oder doch erst zu der Zeit, als in der Sache Verhandlungen über die Zulässigkeit von Fragestücken in höheren Instanzen stattfanden, in Erfahrung gebracht habe, sondern nur erwiedert, der Zeitraum, wo die Acten in den höheren Instanzen gewesen, dürfe ihr nicht angerechnet werden. Mag man daher mit

Bender Lehrbuch des Civilpr. § 198

zufolge dieses Paragraphen die vorgeschlagenen neuen Zeugen nur dann zulassen, wenn dieselben erst in Erfahrung gebracht sind, nachdem die früheren Zeugen schon vernommen worden, — wofür die Worte „die auch verhört" allerdings sprechen, oder mag man die Vorschrift als eine allgemeine auffassen, immer fehlt es doch hier nach dem oben Erwähnten an dem gesetzlichen Requisite der zeitigen Namhaftmachung des neu aufgefundenen Zeugen. Daher kann denn auch

2. die am Schlusse des § cit. den Partheien ohne Restriction eingeräumte Befugniß, sobald sie nur das im vorhergehenden § 2 vorgeschriebene juramentum malitiae ableisten, ohne Weiteres mit ihren neuen Zeugen zugelassen zu werden, hier nicht in Anwendung kommen, indem das Gesetz ersichtlich von der hier nicht zutreffenden Voraussetzung ausgeht, daß die neuliche Auffindung des Zeugen von der Parthei, welche denselben vorschlägt, mindestens bestimmt behauptet sei. Ebensowenig kann aber

3. die Beklagte die verspätete Vorschlagung dieser Zeugin damit rechtfertigen, daß die Zeit, wo die Sache in höheren Instanzen anhängig gewesen, ihr nicht angerechnet werden dürfe,

indem inzwischen die Abhör der Zeugen in erster Instanz fortging und deßhalb für die Verhandlung in den höheren Instanzen die erforderliche Actenabschrift angefertigt worden war, so daß hieraus gar kein Hinderniß entstand.

4. Zulässigkeit nachträglich vorgeschlagener Zeugen mit Rücksicht auf das, was durch dieselben bewiesen werden soll.

Die neu vorgeschlagene Zeugin mußte auch deßhalb verworfen werden, weil der Artikel, worüber dieselbe aussagen soll, — — — Angesichts der früheren Beweisartikel — — ganz unerheblich ist. — — — Bei solcher geringen Relevanz des Gegenstandes der Beweisführung muß aber auch darauf allerdings ein großes Gewicht gelegt werden, daß hier die Beklagte schon mit einer so großen Anzahl von Zeugen zugelassen ist, welche über dieselbe Thatsache aussagen sollen, indem bei der Beurtheilung der Zulässigkeit nachträglich vorgeschlagener Zeugen mit besonderer Strenge darauf zu halten ist, daß dieselben nur dann admittirt werden, wenn wesentlich erhebliche Thatsachen, für deren Beweis nicht schon anderweitig das Erforderliche beigebracht worden, dadurch dargethan werden sollen.

5. Ausdehnung der anderweitig begründeten Appellation auf nicht appellable Puncte.

In Fällen, wo die Zulässigkeit der Appellation einmal anderweitig begründet ist, ist es, wie auch vom Oberappellationsgerichte wiederholt erkannt worden, dem Appellanten gestattet, seine Beschwerdeführung auch auf solche Puncte zu richten, welche an und für sich nicht appellabel sein würden.

6. Befugniß des Civilrichters, Officialuntersuchung wegen Bestechungen von Zeugen und ähnlichen Vergehen anzustellen. Richterliche Befugniß auf ein nicht verhandeltes minus zu erkennen.

Was das Materielle der Beschwerde (Betreff der Zurückweisung des beklagtischen auf sofortige Mittheilung oder gänzliche Remotion gewisser Actenstücke gerichteten Antrags) anbelangt, so bedarf es keiner weiteren Erörterung darüber, ob nicht der Appellantin über den Inhalt der von dem Kläger gestellten hier in

Frage kommenden Anträge eine Aufklärung hätte gegeben werden müssen, da sie diese jedenfalls längst durch die richtigen Angaben erhalten hat, welche der Kläger darüber in seiner wider dies Decret des Appellationsgerichts vom 2. September 1844 gerichteten Vorstellung gemacht hat. Nach der dort angegebenen Lage der Sache erscheint aber

1. das auf sofortige Mittheilung der fraglichen Actenstücke gerichtete Verlangen der Beklagten durchaus unbegründet; vielmehr hat das Stadtgericht, indem es verfügte, daß bis zur Eröffnung sämmtlicher Zeugenverhöre auch die der hier fraglichen ausgesetzt bleiben solle, ganz sachgemäß verfahren.

2. Ebensowenig sind aber die anderweitigen Gründe durchgreifend, wodurch die Beklagte ihren Antrag auf Remotion der fraglichen Actenstücke zu rechtfertigen gesucht hat. Wenn dieselbe nämlich geltend macht,

a. daß das Stadtgericht ein bloßes Civilgericht sei und als solches keine Untersuchung anstellen könne, so ist dieser Satz keineswegs in dieser Ausdehnung richtig; vielmehr kann die Befugniß über zur Anzeige gebrachte Bestechungen von Zeugen oder andern ähnlichen Vergehen, z. B. Urkundenfälschungen, eine Official-Untersuchung zu dem Zwecke, um sich dadurch zu einer gehörigen Entscheidung der Civilsache in den Stand zu setzen, anzustellen, auch dem Civilrichter nicht bestritten werden.

b. Zwar meint die Beklagte, daß, wenn eine Parthei die Glaubwürdigkeit der Zeugen ihres Gegners wegen Bestechung derselben bestreite, sie die Beweise darüber im gewöhnlichen Gange des Civilprocesses beibringen müsse, und beruft sich dabei auf das von ihr selbst, um eine ähnliche Bestechung von Seiten des Klägers darzuthun, beobachtete Verfahren; allein wenn auch dieses keineswegs für unzulässig geachtet werden kann, und daher die Beklagte auch mit der zu diesem Zwecke von ihr vorgeschlagenen Zeugin K. noch nachträglich admittirt ist, so hat sie doch darin Unrecht, daß sie diesen von ihr eingeschlagenen Weg für den allein zulässigen hält. — — —

Mußten nun zwar dem Bisherigen zufolge die auf sofortige Mittheilung oder Remotion der fraglichen Actenstücke gerichteten

Anträge der Appellatin zurückgewiesen werden, so ließ sich doch nicht verkennen, daß sie einen Anspruch hatte, in Bezug auf das ihr vor Erlassung einer Entscheidung über den in Rede stehenden Punct nicht zu versagende rechtliche Gehör sichergestellt zu werden und ist ihr dies daher durch den in das Urtheil aufgenommenen Vorbehalt gewährt worden, wiewohl es nicht zu bezweifeln ist, daß dies auch schon in der Absicht des Stadtgerichts gelegen hat.

III.

Imperial Continental Gass Association zu London, Klägerin u. Widerbeklagte

contra

Johann Georg Remigius Schiele und die Wittwe von Joh. Friedr. Knoblauch für sich und ihre Kinder dahier, Beklagte u. Widerkläger, und wider die Frankfurter Gasbereitungs-Gesellschaft, Beklagte.

Klägerin hatte am 10. Juni 1829 mit Knoblauch u. Schiele einen Vertrag abgeschlossen, nach welchem die erstere den letzteren einen Patent-Apparat cediren, sowie das Geheimniß oder Princip, aus Harz-Oel ein Gas zu fertigen, welches, wo nicht besser, doch ebenso gut wie das aus Rüb-Oel gewonnene Gas und wohlfeiler, wie letzteres ausfalle. Klägerin übernahm zugleich die Oberleitung. Dagegen verpflichteten sich Knoblauch u. Schiele, während 18 Jahre (der Dauer des Vertrages) fl. — per 1000 Cubikfuß verbrauchten Gases an die Klägerin abzugeben. Im Jahr 1838 übergaben Knoblauch u. Schiele ihre Fabrik an eine Actiengesellschaft ab. Klägerin klagt nun auf Rechnungsstellung gegen Knoblauch u. Schiele, sowie gegen die Actiengesellschaft. Knoblauch u. Schiele erheben eine Widerklage auf Schadensersatz wegen angeblicher Mangelhaftigkeit des von der Klägerin mitgetheilten Verfahrens und gelieferten Apparats.

Das Stadtgericht erkannte am 20. März 1843:

2. die beklagte Wittwe Knoblauch und Handelsmann Schiele sind solidarisch verbunden, die in dem Vertrage vom 10. Juni 1829 gegen die Klägerin übernommenen Verpflichtungen vom Tage der ersten Harzgasproduction mit dem klägerischen Apparat bis zum 30. Juni 1838 zu erfüllen. — — Dieselben haben demgemäß binnen 4 Wochen über das bis zum 30. Juni 1838 verbrauchte Harz und das daraus erzeugte Gas, sowie über die Consumtion und Bezahlung der Abnehmer Rechnung zu stellen rc.

3. Würde die Klägerin — beweisen, „daß die Wittwe Knoblauch und Handelsmann Schiele bei Veräußerung der hiesigen Gasfabrik an Engelhard u. Cten. entweder den von der Klägerin überkommenen Apparat ganz oder theilweise mitüberlassen oder die von der Klägerin erlangte Methode den Uebernehmern mitgetheilt habe," so sind die Wittwe Knoblauch und Handelsmann Schiele wegen dieses Contractsbruches für den weiteren Zeitraum vom 30. Juni 1838 bis zum 10. Juni 1847 solidarisch zum Schadensersatze verbunden. — —

4. Würde die Klägerin — weiter beweisen, „daß die Frankfurter Gasbereitungs-Gesellschaft durch Vermittelung ihrer ersten Begründer Engelhard u. Cten. bei Uebernahme der Gasfabrik von Knoblauch u. Schiele auch alle Verbindlichkeiten der letzteren gegen Dritte übernommen hat," so ist die mitverklagte Frankfurter Gasbereitungs-Gesellschaft verpflichtet, alle für Knoblauch u. Schiele der Klägerin gegenüber aus dem Vertrage vom 10. Juni 1829 resultirenden Verbindlichkeiten bis zum 10. Juni 1847 solidarisch zu erfüllen.

5. Die Widerklage wird verworfen.

Auf beiderseitige Appellation erkannte unter Kostencompensation das Appellationsgericht am 4. September 1843:

B. würde — — — Klägerin rechtlicher Ordnung nach darthun, „daß der von ihr der Beklagten gelieferte Patent-Apparat geeignet gewesen sei, vermittelst der von ihr angegebenen Methode aus Harzöl ein Gas zu bereiten, welches ebenso gut, wie das aus Rüböl gewonnene Gas und wohlfeiler, wie letzteres ist," so soll sowohl in

der Klage, soweit sie gegen Knoblauch u. Schiele gerichtet ist, als in der Widerklage nach Maßgabe der Entscheidungsgründen weiter ergehen, was Rechtens.

C. Wird Klägerin mit ihrer Klage, insoweit sie gegen die Frankfurter Gasbereitungs-Gesellschaft mitgerichtet ist, ab und zur Ruhe verwiesen, auch schuldig erkannt, derselben die auf sie fallende Hälfte der Kosten erster Instanz zu ersetzen.

Auf beiderseitige Oberappellation erkannte unter Kostencompensation das Oberappellationsgericht am 29. Januar 1846, daß in Ansehung der Einrede der Compensation und der Widerklage das vorige Urtheil dahin abzuändern sei, daß die in der Rechnung Nr. 9 des Stadtgerichts angeführten Posten 1, 6, 7, 8, 10, 13 u. 14 — — gänzlich, die Posten 5 u. 9 angebrachter Maßen zu verwerfen seien, endlich wegen der Posten 2, 3, 4, 11 u. 12 vom Stadtgerichte demnächst, nach Erledigung der der Klägerin wegen der Erfüllung des Contracts auferlegten Beweisführung weiter, was Rechtens, zu erkennen sei, wohingegen das gedachte Erkenntniß im Uebrigen in Betreff der Hauptsache durchgängig bestätigt werde, jedoch mit der näheren Bestimmung, daß, wenn die Klägerin den eben erwähnten Beweis nicht führen würde, die Klage, soweit solche gegen J. G. R. Schiele und Wittwe Knoblauch für sich und ihre Kinder gerichtet worden, nur angebrachter Maßen abzuweisen sei.

Die Kosten erster Instanz werden zwischen der Klägerin und der Frankfurter Gasbereitungs-Gesellschaft gleichfalls compensirt, zwischen der Klägerin und J. G. R. Schiele und der Wittwe Knoblauch hingegen ausgesetzt, wobei der Betrag dieser zu compensirenden und auszusetzenden Kosten auf zwei gleiche Hälfte der gesammten Kosten erster Instanz bestimmt wird.

7. Uebertragung einer Handlung mit allen activis und passivis auf einen Dritten. Wann erwirbt der Gläubiger der Handlung Klagrechte gegen diesen Dritten?

Die Klägerin hat für die behauptete Mitverhaftung der Frankfurter Gasbereitungs-Gesellschaft — — geltend gemacht, daß die letztere das Fabrikgeschäft von Knoblauch u. Schiele mit allen

activis und passivis übernommen habe und daß in Folge hiervon nach jetzigem Handelsrechte den Gläubigern von Knoblauch u. Schiele ein Klagrecht gegen dieselbe zustehe. Dieses Fundament ist aber vom Appellationsgerichte mit Recht für verwerflich erkannt. Denn auch nach jetzigem Handelsrechte kann dem bloßen Pactum zwischen dem bisherigen Inhaber und dem neuen Uebernehmer einer Handlung, daß letzterer dieselbe mit allen passivis übernehme, keineswegs die Wirkung beigelegt werden, daß nun den Gläubigern der Handlung ein Klagrecht gegen den neuen Erwerber zustände, sondern hierzu ist außerdem noch eine öffentliche Bekanntmachung erforderlich, wodurch der letztere jenes Verhältniß gegen das Publicum und also auch gegen die sämmtlichen Handlungsgläubiger bestimmt und ausdrücklich erklärt.

Fr. S. Peters c. Herrmann 1841

Daher kommt denn auf alles dasjenige, was die Klägerin darüber angeführt hat, daß ein solches Pactum theils zwischen Knoblauch u. Schiele und Engelhard u. Cten., theils zwischen den Letzteren und der Gasbereitungs-Gesellschaft wirklich geschlossen sei, daß dies schon durch das bis jetzt zu den Acten Gebrachte wahrscheinlich gemacht werde, und daß die Klägerin hierüber fernere Beweise beibringen könne, gar nichts an, sondern das allein Entscheidende ist der Inhalt der ergangenen öffentlichen Bekanntmachungen, worin gerade der obligatorische Act den Gläubigern gegenüber besteht.

8. Passiva sind bei dem Kaufe eines Geschäftes unter dem Ausdrucke „Vermögen" oder „Geschäft" nicht mitbegriffen.

In den Statuten der Gesellschaft ist im Eingange gesagt, Engelhard u. Cten. hätten übernommen „die bisherige Knoblauch u. Schiele'sche Gasfabrik, bestehend aus den .... zu solcher gehörigen Immobilien nebst Pertinenzen und allem, was im weitesten Sinne des Wortes an beweglichem und unbeweglichem Vermögen zu solchen gehört" und hätten wieder der Gesellschaft „diese — — Fabrik mit Geschäft und allen Zubehörungen käuflich überlassen," „unter gleichen Rechten und Verbindlichkeiten, wie sie solche selbst übernommen." In diesen Stellen sind die passiva

nicht genannt und die Behauptung der Klägerin, daß dieselben unter den Worten „Vermögen" und „Geschäft" mitbegriffen seien, ist unbegründet,

arg. L. 2 in f. C. de hered. vendit. (4, 39).

9. Exceptio non adimpleti contractus. Nähere Circumstantiirung derselben. Aus einem dictum et promissum kann auch eine redhibitorische Klage angestellt werden.

In Betreff des der Klägerin vom Appellationsgerichte sub B. nachgelassenen Beweises beschwert sich dieselbe principaliter, daß überall auf Beweis erkannt worden sei. Diese Beschwerde ist jedoch unbegründet. — — — Denn die Klägerin hat sich im § 1 des Contracts ausdrücklich verpflichtet, Knoblauch u. Schiele ihren Patent-Apparat und das Geheimniß oder Princip zu cediren „aus Harzöl ein Gas zu fertigen, welches, wo nicht besser, doch ebenso gut, wie das aus Rüböl gewonnene Gas und wohlfeiler, wie Letzteres, ausfallen soll." Die Beklagten aber behaupten mit Bestimmtheit, der Apparat und die Methode der Klägerin seien nicht geeignet gewesen, ein Gas von der versprochenen Qualität zu liefern, vielmehr sei das damit gewonnene Gas weit schlechter und von geringerer Leuchtkraft, als das Gas aus Rüböl gewesen, so daß deßhalb eine allgemeine Unzufriedenheit unter den Consumenten entstanden und eine Herabsetzung der Preise um fl. 6 und resp. fl. 11 per 1000 Cubikfuß nothwendig geworden sei, auch habe in dieser Hinsicht keine irgend entsprechende Compensation durch eine Verminderung der Fabricationskosten stattgefunden, sondern dieses Harzgas sei sogar noch theuerer zu stehen gekommen, und sowohl die schlechte Qualität, als die Theuerung desselben hätten ihren Grund nur in der schlechten Methode und dem schlechten Apparate der Klägerin gehabt. Die Gründe, weßhalb die Klägerin ungeachtet dieser Ableugnung der Erfüllung des Contracts eine sofortige Verurtheilung der Beklagten begehrt, sind folgende:

1. jene Behauptungen der Beklagten seien nicht bestimmt genug, weil keine speciellen Angaben darüber gemacht seien, welche Güte und welchen Preis das gewonnene Gas gehabt habe;

2. — — — — —

3. da die Beklagten theils keine andere und bessere Lieferung verlangten, theils nur behaupteten, daß gewisse Eigenschaften und Vorzüge des gelieferten Objects, welche die Klägerin versprochen habe, nicht vorhanden seien, so liege hier nicht der Fall einer **exceptio non impleti contractus**, sondern ein Antrag auf Rescission des Contracts aus dem **edictum aedilitium** wegen eines **dictum et promissum** vor, dieser Antrag aber sei unstatthaft, weil eine Wiederherstellung des früheren Zustandes nicht möglich und zugleich verjährt sei.

Allein alle diese Einwendungen sind unerheblich. Denn der erste Einwand ist nach Lage der Sache unpassend, weil die Klägerin, sobald sie nicht die im Contracte versprochene bestimmte Leistung prästirt hat, daß ihr Apparat und ihre Methode geeignet sein sollten, ein Gas aus Harzöl von wenigstens gleicher Güte und von größerer Wohlfeilheit zu liefern, wie das Gas aus Rüböl, die ausbedungene Gegenleistung überall nicht fordern kann und eine Abweisung der Klage erfolgen muß; hier genügte daher die einfache Behauptung der Beklagten, daß der Apparat und die Methode der Klägerin dazu nicht geeignet gewesen seien, ohne daß weiter etwas darauf ankommt, welche Güte und welchen Preis das gewonnene Gas nur gehabt habe. Die Klägerin scheint diesen Fall mit dem Falle zu verwechseln, wo dem Kläger, wenn auch die von ihm behauptete Quantität oder Summe ihrem ganzen Umfange nach nicht richtig ist, doch die eingeklagte Forderung immer noch theilweise zusteht und wo daher der Beklagte, damit der Richter wisse, wieviel eigentlich von der Forderung geleugnet und eingeräumt, und worüber dem Kläger noch ein Beweis aufzuerlegen sei, allerdings nicht bloß die behauptete Quantität oder Summe in solle leugnen darf, sondern zugleich angeben muß, wieviel solche wirklich betragen habe. Uebrigens fehlt es auch über die Differenz der Güte nicht an einer speciellen Angabe, da die Beklagten behaupten, daß dadurch die schon oben angeführte Herabsetzung der Preise nothwendig gemacht worden sei.

— — — — — — — — — — — — — — — —

Soviel endlich die dritte Argumentation der Klägerin betrifft, so ist es freilich richtig, daß die Beklagte die fragliche Einrede nicht darauf, daß das Object des Contracts — welches hier in dem

Apparate und in der Methode Gas aus Harzöl zu fabriciren bestand, — gar nicht geliefert sei, sondern nur darauf, daß dasselbe die ausdrücklich zugesicherten Eigenschaften nicht gehabt habe, mithin auf ein dictum et promissum gründen können; allein sie haben deßhalb nicht auf Rescission des Contracts aus dem ädilitischen Edicte angetragen, sondern nur durch eine exceptio non impleti contractus die Entrichtung der eingeklagten Gegenleistung verweigert, und zu dem Gebrauche dieser Einrede sind sie allerdings auch in jenem hier vorliegenden Falle befugt, da es in gleichem Maße eine Nichterfüllung des Contracts ist, wenn eine bestimmte ausdrücklich versprochene Eigenschaft der Sache, als wenn die versprochene Sache selbst nicht geliefert wird, und das eigenthümliche Recht des dictum et promissum nicht darin besteht, daß aus demselben nur auf Rescission geklagt werden könne, sondern daß statt des Anspruchs auf Erfüllung auch eine redhibitorische Klage darauf gegründet werden dürfe. Ebensowenig ist es eine Bedingung bei dem Gebrauche der gedachten Einrede, daß der Beklagte den Kläger zur Erfüllung des Contracts auffordern müsse, denn dieselbe besteht nur darin, daß die Leistung, wofür die Gegenleistung verlangt werde, nicht erfolgt sei,

L. 25 D. de action. emt. et vend. (19, 1)

und es ist dann Sache des Klägers, insofern er dies einräumt und noch res integra ist, seinerseits die Leistung anzubieten, welche letztere Voraussetzung hier nicht eintreten würde, da seit dem Abschluß des Contracts bis zur Anstellung der Klage elf Jahre verflossen waren, und Knoblauch u. Schiele inzwischen ihre Gasfabrik längst verkauft hatten.

10. Exceptio non adimpleti contractus. Beweislast.

Die Beschwerde, daß dem Beklagten der Beweis des nicht erfüllten Vertrages hätte auferlegt werden sollen, ist ebenfalls ungegründet. Die Beweislast trifft hier die Klägerin. Denn wenngleich die exceptio non impleti contractus keine negative Litiscontestation, sondern eine wahre Einrede ist,

L. 25 cit. D. de act. emt. vend. (19, 1)

Gaji institut. lib. 4 § 126

so hat doch bei derselben nach der richtigeren, auch vom Oberappellationsgerichte schon früher angenommenen Meinung der Beklagte nur zu beweisen, daß der Kläger für die eingeklagte Leistung eine gewisse Gegenleistung versprochen habe, und dem Kläger liegt sodann der Beweis ob, daß von seiner Seite die Gegenleistung prästirt worden sei.

Heerwart über die exc. non adimpl. contr. (Civ. Arch. Bd. 7 Nr. 18)

Bethmann-Holweg Versuche über einzelne Theile des Civilpr. p. 344.

Dabei kann es denn auch nach der Natur der Sache keinen Unterschied machen, ob die exceptio non impleti contractus deßhalb gebraucht wird, weil das Object, worin jene Gegenleistung des Klägers besteht, überall nicht, oder deßhalb, weil eine im Contracte ausdrücklich versprochene Eigenschaft desselben nicht geliefert sei, und von einer Rescission des Contracts aus dem ädilitischen Edict ist hier, wie schon oben bemerkt worden, nicht die Rede. Auch der concrete Einwand der Klägerin, daß die Beweislast die Beklagten deßhalb treffen müsse, weil Knoblauch u. Schiele das von den Klägern gelieferte Object angenommen und behalten hätten, ist nicht zutreffend; denn hier steht nicht der Apparat als res corporalis in Frage, den Knoblauch u. Schiele nicht von der Klägerin, sondern durch deren Vermittlung von einem Fabricanten in London bezogen und längst bezahlt haben, auch nach § 1 des Contracts bezahlen mußten, sobald der Apparat aus 50 Kilogramm Harz circa 1000 Cubikfuß Gas lieferte, ohne daß es hierbei darauf ankam, ob dieses Gas von gleicher Güte und wohlfeiler als Gas aus Rüböl war, vielmehr ist das Object, wovon es sich jetzt handelt, die mitgetheilte Fabricationsart, und auf ein Object von dieser Beschaffenheit paßt der Begriff von „behalten" gar nicht, weil es nicht zurückgegeben werden kann. Höchstens könnte es hier einem Behalten gleichgestellt werden, wenn die Beklagten die ihnen mitgetheilte Methode, auch nachdem sie sich in dieselbe eingeübt und den Erfolg derselben kennen zu lernen volle Gelegenheit gehabt, fortwährend in ihrer Fabrik angewandt hätten. Dies wird aber gerade von ihnen geleugnet. Ebensowenig kann die angeb-

liche Schwierigkeit des Beweises, worauf die Klägerin sich ferner beruft, eine Aenderung der rechtlichen Grundsätze von der Beweislast bewirken, und hierbei kommt überdies noch in Betracht, daß die Klägerin selbst durch die verzögerte Anstellung der Klage zu diesen Schwierigkeiten beigetragen hat.

11. Auslegung des Vertrags gegen denjenigen, welcher hätte deutlicher reden sollen.

Die Beklagten ihrerseits verlangen nun aber, daß der Klägerin außer dem ihr nachgelassenen Beweise hinsichtlich des Zeitraumes vom 23. März 1832 bis 13. Juni 1838 noch der Beweis auferlegt werde, daß das Gas in der Fabrik von Knoblauch u. Schiele mit den Maschinen und nach dem Principe der Klägerin fabricirt worden sei. Die Beklagten begründen diesen Antrag dadurch, daß der § 4 des Contracts die Bestimmung enthalte: „Für die hier angeführten Bewilligungen und Oberleitung der Londoner Compagnie verpflichten sich die Eigenthümer der Frankfurter Anstalt, der Ersteren von jeden 1000 Cubikfuß consumirten Harzölgas, welches bei ihnen mit den Maschinen oder nach dem Principe der Londoner Compagnie während der nächsten 18 Jahre gemacht wird, fl. — jährlich zu zahlen" — jenes Factum aber für den gedachten Zeitraum von den Beklagten ebenfalls in Abrede gestellt sei, indem während des Letzteren Knoblauch u. Schiele ihr Harzgas nach einer anderen von ihnen selbst erfundenen Methode und mit einem wesentlich veränderten Apparat fabricirt hätten.

Gegen diesen Antrag ist entscheidend, daß im § 9 des Contracts die Fälle, in welchen derselbe schon vor dem Ablaufe von 18 Jahren ohne Entschädigung erlöschen solle, klar und bestimmt dahin festgesetzt sind: „wenn entweder die gegenwärtige Compagnie der Herrn Knoblauch u. Schiele gänzlich aufgelöst wird, ohne daß eine andere ihre Anstalt übernimmt und fortsetzt oder wenn eine Erfindung und Fabrication von anderem Gas, wie aus Harzöl und mit anderem Apparat gemacht und in Frankfurt eingeführt wird." Hiernach soll der Contract 18 Jahre lang fortbestehen, sobald Knoblauch u. Schiele während dieser Zeit in ihrer Fabrik

Gas aus Harzöl verfertigen würden, und daher kann man denn nicht aus den angeführten Worten des § 4 die hiermit geradezu im Widerspruch stehende Bestimmung herleiten, daß der Contract schon dann aufhören solle, wenn sie fortwährend Gas aus Harzöl nur mit anderen Maschinen und nach einem anderen Princip fabriciren würden, vielmehr muß entweder jene Stelle des § 4 aus dem § 9 interpretirt werden, weil dieser den speciellen Zweck hat, die Dauer des Contracts und die Ausnahmsfälle seiner Erlöschung vor 18 Jahren festzusetzen oder man muß — was vielen Anschein hat — annehmen, daß, da der § 4 offenbar den Hauptzweck hatte, das Quantum der der Klägerin zu leistenden Vergütung festzusetzen, die fraglichen Worte blos enunciative seien, deren man sich deßhalb bediente, weil damals beide Theile natürlich von der Voraussetzung ausgingen, daß künftig die Methode der Klägerin in der Fabrik von Knoblauch u. Schiele werde befolgt werden. Dazu kommt auch noch, daß im Zweifel der Contract gegen die Beklagte auszulegen ist, weil, wie die Handschrift zeigt und von den Beklagten nicht bestritten wird, der verstorbene Knoblauch denselben abgefaßt hat.

v. Wening-Ingenheim Lehrbuch des Civilr. Buch III. § 83 und die in nte. 9 cit. Schriftsteller.

12. Haftung der Societät aus einem Vertrage, den die einzelnen socii ohne Gebrauch der eigentlichen Societätsfirma abgeschlossen haben.

Die Beschwerde der Beklagten, daß bei Schiele und der Wittwe Knoblauch eventualiter eine solidarische Verhaftung für die Ansprüche der Klägerin angenommen sei, ist nach der

Ref. II. tit. 23 § 9

ungegründet. Denn wenngleich Knoblauch u. Schiele in dem Contracte vom 10. Juni 1829 ihre eigentliche Firma „Johann Friedrich Knoblauch u. Schiele" nicht gebraucht haben, so ist es doch klar, daß bei demselben nicht von einem jeden nur für seine eigene Person, sondern von Beiden zusammen für die Societät und in deren Namen hat gehandelt werden sollen, da hinsichtlich der Gasfabrik zwischen ihnen eine durch Börsenanschlag bekannt gemachte, auch im § 2 und 9 des Contracts erwähnte

Societät bestand und der Contract gerade ein diese Gasfabrik betreffendes Geschäft zum Gegenstande hatte. Eine Absicht von Knoblauch u. Schiele, sich nicht solidarisch zu verpflichten, als wirkliches positives Factum vermögen die Beklagten auch nicht zu behaupten, sondern wollen diese nur aus dem Nichtgebrauche der Firma herleiten, während es umgekehrt gar nicht unwahrscheinlich ist, daß der Contract deßhalb von beiden sociis persönlich unterzeichnet sei, um beide desto bündiger zu verpflichten.

IV.

Maria Charlotte von Zeuner, geb. von Oettinger u. Cten., als Interessenten des von Barkhaus-Wiesenhütten'schen Familien-Fideicommisses dahier, Imploranten

contra

Dr. C. von Lersner u. Cten., als Interessenten desselben Fideicommisses dahier, Imploraten.

Nachdem sich unter den Interessenten des von Barkhaus-Wiesenhütten'schen Fideicommisses Zerwürfnisse in Betreff der Verwaltung desselben herausgestellt hatten, beantragten die Imploranten die Bestellung eines nicht der Familie angehörigen gerichtlichen Administrators und schlugen dazu den Dr. F. vor, während die Imploraten nach vergeblich versuchter Güte zwar gegen den Vorgeschlagenen nichts einzuwenden hatten, aber darauf bestanden, daß Dr. v. L. Mitadministrator werde.

Das Stadtgericht ernannte am 12. Juni 1844 den Dr. F. zum alleinigen Administratoren des genannten Fideicommisses. Auf Appellation der Imploraten wurde dies Erkenntniß bestätigt vom

Appellationsgericht am 16. August 1844

Oberappellationsgericht am 31. Januar 1846.

13. Condomini. Potior est conditio prohibentis. Falls die Miteigenthümer sich nicht einigen, hat der Richter nach Ermessen und Zweckmäßigkeit Verfügung zu treffen.

Die Imploraten beschweren sich — — — deßhalb, weil keine materiellen Gründe, welche eine Remotion oder Ausschließung des Dr. v. L. von der Administration rechtfertigen könnten, in den Acten vorlägen, auch nicht einmal von den Imploranten mit gehöriger Bestimmtheit aufgeführt seien. Allein auf solche Gründe und auf die Existenz von gerechten Beschwerden gegen Dr. v. L. kommt es nach Lage der Sache gar nicht an. Soviel nämlich

1. den Dr. v. L. für seine Person betrifft, so stand demselben auf die Theilnahme an der Administration kein Recht von der Art zu, daß ihm solches nur aus bestimmten Gründen hätte entzogen werden können, vielmehr beruhte seine frühere Administration auf einem bloßen Mandate der Fideicommiß-Interessenten. Denn — — —. Auch hat der Dr. v. L. nirgends in den Acten behauptet, daß der fragliche Beschluß ein Mehreres gewesen wäre, als eine einfache Vollmacht, was ihm doch obgelegen hätte, da er gegen den Antrag der Imploranten auf Bestellung eines anderen Administrators statt seiner excipiendo die Natur seines Rechtes angeben mußte. — — — Diese rechtliche Natur des Mandatsverhältnisses ist denn auch dadurch nicht verändert, daß ihm die Interessenten später für seine Geschäfte als Administrator ein jährliches Honorar bewilligten. L. 6 pr. D. mand. (17, 1)

— — — Demnach waren diejenigen Interessenten, welche jetzt als Imploranten auftreten, ihrerseits befugt, dem Dr. v. L. die ihm von ihnen übertragene Administration beliebig, ohne irgend einen speciellen Grund, durch die bloße Zurücknahme des Mandats wieder zu entziehen, was sie durch ihren jetzigen Antrag gethan haben. Alles, was Dr. v. L. über Accusation, Remotion und die bei Vormündern und Curatoren eintretenden Grundsätze angeführt hat, gehört also gar nicht hierher und er selbst hat auch bei den Verhandlungen erster Instanz die Idee eines ihm für seine eigene Person zustehenden Rechts gar nicht geäußert, sondern damals dem Antrage der Imploranten nur im Namen und im Interesse der von ihnen vertretenen Fideicommiß-Interessenten widersprochen.

2. Ebensowenig haben aber auch diese Letzteren ein Recht, zu verlangen, daß, weil sie den Dr. v. L. zum Administrator haben wollen, derselbe nun Administrator sein müsse, insofern nicht die Imploranten besondere Gründe, welche seine Ausschließung rechtfertigen, nachweisen würden; denn da hier eine Maßregel in Frage steht, welche ein allen Interessenten als condominis pro indiviso zugehörendes Object betrifft, worüber Einzelne derselben einseitig keine Verfügungen treffen können, in diesem Verhältnisse aber der Grundsatz liegt, potior est conditio prohibentis

L. 27 § 1 D. de servitut. praed. urban. (8, 2)

L. 28 D. comm. divid. (10, 3)

L. 10 pr. D. de aqua et aq. pluv. (39, 3)

und daher die Imploraten nicht befugt sind, den Imploranten den Dr. v. L. wider ihren Willen als Mitadministrator aufzudringen, so hat der einfache Widerspruch der Imploranten gleiche Kraft, wie jenes Verlangen der Imploraten und beseitigt dasselbe. Es findet also hier ein Recht auf keiner von beiden Seiten statt, sondern es liegt, da bei der großen Zahl der an verschiedenen Orten wohnenden Interessenten die Bestellung einer Administration eine an sich nothwendige Maßregel ist, auch alle Interessenten hierüber einverstanden sind, und sich nur über die Art und Weise der Ausführung derselben nicht vereinigen können, ein Fall vor, wo der Richter nach Ermessen und nach Zweckmäßigkeit eine deßfallsige Verfügung zu treffen hat,

L. 84 § 13 D. de leg. I.

L. 8 § 4 D. de reb. auct. jud. poss. (42, 5)

und die Frage ist nur, ob diejenige Verfügung, welche die vorigen Richter getroffen haben, eine zweckmäßige sei. Nun aber erscheint hinsichtlich dieses Punctes schon die Competenz des Oberappellationsgerichtes als zweifelhaft, da an dasselbe nach seiner gesetzlichen Stellung nur Beschwerden über Rechtsverletzungen gebracht werden können, indessen bedarf es hierüber keiner Entscheidung, da jedenfalls eine derartige Beschwerde völlig unbegründet ist.

V.

Joh. Justus Seuffert dahier, Kläger
contra
den hiesigen Fiscus, Beklagten.

Nachdem J. J. Seuffert, der sogenannter Staatsdiener zweiter Classe war, fallirt hatte, in Untersuchungshaft gerathen und unter Anrechnung derselben in Strafe genommen war, entließ ihn der Senat seines Dienstes. Seuffert klagte nunmehr gegen den Fiscus auf Zahlung seines Gehaltes, seiner Dienstemolumente und auf Reactivirung in seine Stelle. Das Stadtgericht wies den Kläger am 7. August 1843 mit der erhobenen Klage unter Verurtheilung in die Kosten zur Ruhe. Auf Appellation des Klägers und dessen Antrag auf Actenversendung erkannte unter Kostencompensation das Spruchcollegium zu Tübingen am 4. September 1844: — — würde Appellat — — zu Recht erweisen, daß dem Appellanten durch die Begehung des strafbaren Banquerotts, dessen er rechtskräftig für schuldig erkannt ist, ein infamirendes Vergehen, im Sinne des art. 9 der Falliten-Ordnung vom 3. Juli 1708 zur Last fällt, so wird — — weiter ergehen, was Rechtens. Auf beiderseitige Oberappellation und klägerischen Antrag auf Actenversendung erkannte unter Kostencompensation das Spruchcollegium von Halle-Wittenberg am 25. Februar 1846, daß der Beklagte, gleich als ob die ergangene Entsetzung nicht eingetreten wäre, an den Kläger den ihm als Beståtter zukommenden, seit dem Tage der Entsetzung fällig gewordenen und weiterhin fällig werdenden festen Gehalt, sowie auch für die mit diesem Dienste verbundenen Remissenbezüge seit dem 19. Februar 1842 und fernerhin Ersatz zu gewähren verbunden, Kläger dagegen sowohl mit seiner weiteren Remissenforderung für die Zeit des Verhaftens schlechthin, als auch mit seinem Gesuche um Wiedereinsetzung in den activen Dienst, wie angebracht, abzuweisen ist.

14. Liegt eine Justiz= oder eine Verwaltungssache vor, wenn der von dem Staatsoberhaupte oder einer Administrativbehörde seines Dienstes entsetzte Staatsdiener sich über Rechtsverletzung beschwert?

Es ist die Frage zu beantworten, inwiefern sich die vorliegende Klage zu einer Justizsache eignet. Das Petitum geht wörtlich dahin: „den beklagten Fiscus zu verurtheilen, erstens mich in den mir entzogenen Dienst wieder einzusetzen, mindestens aber mir meinen Gehalt und Dienstemolumente, sogenannte Remissenbezüge, bis an mein Lebensende zu vergüten, auch zweitens meine mir vorbehaltenen Remissenbezüge vom 1. Juli 1841 bis 20. April 1842 unter vorgängiger Berechnung zu bezahlen, drittens mir die Proceßkosten zu ersetzen."

Nach der Ansicht, welche der sententia a qua zum Grunde liegt, eignet sich dieses Petitum mit einziger Ausnahme seines ersten Punctes, welcher die Wiedereinsetzung in den wirklichen Dienst und seine Verrichtungen betrifft, in allen seinen übrigen Theilen zur Justizsache, und ist demgemäß der Beklagte vor Allem zur Einlassung pflichtig erachtet, dagegen jener erste Punct als zum Processe nicht gehörig beseitigt worden.

Diese Ansicht sucht nun der Beklagte unter Vorbeigehung der von dem judex a quo dargelegten Theorie des gemeinen deutschen Staatsrechts vorerst dadurch zu widerlegen, daß „nach § 12 der Dienstpragmatik freier Stadt Frankfurt Staatsdiener zweiter Classe nur auf Widerruf angestellt seien und die vom Senate geschehene Widerrufung Verlust allen Gehaltes nebst Emolumenten zur Folge habe;" — worin offenbar die Bestimmung liege, „daß die Dienstentlassung solcher Angestellten der richterlichen Cognition entzogen und lediglich der obersten Administrativbehörde anheimgegeben sein solle." Allein daraus, daß der angezogene § 12, wie später noch genauer zu erörtern sein wird, dem Senate bei Staatsdienern zweiter Classe unter bestimmten Bedingungen, also innerhalb vorgezeichneter Schranken, die Befugniß der Entlassung einräumt, folgt durchaus nicht nothwendig, daß diese Staatsdiener hinsichtlich ihrer Entlassung in jeglicher Beziehung der Verwaltungsbehörde absolut hingegeben seien und unter keinen Umständen irgendwie den Schutz der Justizgewalt in Anspruch nehmen können.

Vielmehr liegt es sehr nahe, anzunehmen, daß wenigstens für die Frage, ob jene Bedingungen erfüllt oder die gezogenen Schranken überschritten seien, ihnen der Rechtsweg nach dem Sinne des Gesetzes vorbehalten bleiben sollte. Diese Annahme wird verstärkt, sobald es sich um ein Recht handelt, welches seinem Objecte nach privatrechtlicher Natur und also zur Justizsache geeignet ist, und da dieses bei der vorliegenden Klage, soweit sie auf Dienstgehalt und dazu gehörige Emolumente gerichtet ist, sich so verhält, so bleibt an deren Eigenschaft als Justizsache kein Zweifel übrig, wenn noch dazu erwogen wird, daß das für die freie Stadt Frankfurt subsidiär maßgebende gemeine Recht, wie in den Entscheidungsgründen des judex a quo genügend nachgewiesen worden, diese Eigenschaft anerkennt und daß die vorliegende particuläre Dienstpragmatik, nicht allein, wie schon gezeigt, keine Bestimmung enthält, woraus sich auf eine abweichende Specialform schließen ließe, sondern auch, wie aus dem gesammten Inhalte und aus den der Erlassung vorhergegangenen Verhandlungen

Bender Verhandl. der gesetzgeb. Versamml. der fr. St. Frankfurt in den Jahren 1816 — 1831 pag. 237

erhellt und sich noch weiterhin ergeben wird, im Allgemeinen in einem Geiste abgefaßt ist, nach welchem keineswegs vermuthet werden kann, es habe die Absicht gewaltet, dem gemeinen Rechte zum Nachtheil der Staatsdiener wesentlich zu derogiren, und diesen auch jedes analoge Gewähren desjenigen rechtlichen Schutzes zu entziehen, welchen sie schon unter dem deutschen Reiche genossen hatten.

Wenn sodann der Beklagte entgegen dem von dem judex a quo ausgesprochenen Satze, daß eine Klage über verletztes Privatrecht vorliege und gerade hierin der Character einer Justizsache sich auspräge, vermeint, daß „bei einem auf Widerruf angestellten Beamten auch dann noch ein verletztes Privatrecht wegen Verlustes des Gehaltes existiren könne, wenn der Widerruf erfolgt sei," so liegt darin, abgesehen von allem anderen, eine Verwechselung der Frage, ob die Klage begründet sei, mit der davon ganz verschiedenen und vorerst einzig vorliegenden Frage, ob dieselbe zur Justizsache sich eigne. In dem erwähnten Satze des judex a quo liegt es,

daß das Recht des Staatsdieners auf seine Besoldung überhaupt und im Allgemeinen ein Privatrecht und daß um dieses gegnerischen Verhälnisses willen der Streit über die Existenz dieses Rechtes Justizsache sei. Daß also in einem concreten Falle dasselbe nicht existirt, wird allerdings die Folge haben, daß derjenige, welcher es angesprochen hat, den Proceß verliert, aber unmöglich, daß der Streit darüber den Character einer Justizsache ablegen würde. Denn ein Streit, welcher Justizsache wäre oder nicht wäre, je nachdem der Kläger Recht oder Unrecht hätte, läßt sich nicht denken.

Endlich führt der Beklagte auch in dieser Instanz die Behauptung aus, daß, wenn auch das Richteramt in solchen Fällen seine Prüfung weiter als darauf, ob die Entlassung von der competenten Behörde ausgesprochen worden, erstrecken könnte, sie doch jedenfalls nur noch darauf, ob die Entlassung auch außerdem unter Beobachtung der gesetzlichen Form erfolgte, niemals aber auf das Materielle, d. h. auf die Gründe des Widerrufs und auf deren Gewicht sich ausdehnen dürfte. — Diese Behauptung findet sich in den Entscheidungsgründen des judex a quo sattsam widerlegt und der Beklagte hat in gegenwärtiger Instanz nichts vorgebracht, wodurch jene Widerlegung entkräftet würde. Wollte man aber auch die Richtigkeit obiger Behauptung voraussetzen, so wäre doch ihre Erheblichkeit für den vorliegenden Punct der Entscheidung zu bezweifeln, indem es sich späterhin zeigen wird, daß gerade die von dem Beklagten bezeichnete Frage, ob die Entlassung unter Beobachtung der gesetzlichen Form erfolgt sei, mit Hinsicht auf die in § 12 der Dienstpragmatik vorgeschriebenen Form einen wesentlichen Gegenstand der Erörterung bei Beurtheilung des meritum causae selbst ausmacht. — — — —

Die oben angeführte Ansicht des judex a quo findet sich nun aber auch von der entgegengesetzten Seite des Klägers insofern angefochten, als dadurch demjenigen Theil des Petitums, welcher auf wirkliche Wiedereinsetzung in den entzogenen Dienst gerichtet ist, der Character einer Justizsache abgesprochen wird. Wenigstens formell bringt es die Vergleichung zwischen dem aufgestellten Gravamen und dem ursprünglichen Petitum des Klägers mit sich, daß ersteres auf diesen Punct bezogen werden muß, wenngleich die in den

zweitinstanzlichen Entscheidungsgründen ausgesprochene Bemerkung, daß „die eigentliche Tendenz der Klage nicht sowohl auf die Wiedereinsetzung in den entzogenen Dienst gerichtet sei, durch die Art, wie Kläger diesen Punct in seinen Deductionen behandelt hat, materiell vollkommen begründet ist, wie denn derselbe auch in gegenwärtiger Instanz behufs Widerlegung der von dem judex a quo entwickelten Ansicht über diesen Punct kein Wort vorgebracht hat.

Demnach mag es aber diesorts an einer einfachen Verweisung auf diese Entwickelung um so eher genügen, als selbst, wenn gegen sie irgend ein Bedenken aufstiege, dasselbe als unerheblich und die fragliche Beschwerde des Klägers als grundlos sich schon deßwegen herausstellen müßte, weil ein Petitum, welches über den Dienstgehalt und sonstige Emolumente hinaus sich auf die wirkliche Wiedereinsetzung in den activen Dienst erstreckte, jedenfalls nicht gegen den Fiscus, d. h. gegen die rein öconomische Persönlichkeit des Staates, sondern nur gegen die Regierungsgewalt und die den Staat von dieser Seite repräsentirenden Behörden gerichtet werden könnte, folglich in dem vorliegenden Processe, in welchem der Fiscus allein als Beklagter erscheint, unter allen Umständen verworfen und abgewiesen werden müßte.

Die zweite Instanz sprach sich dahin aus:

In Bezug auf die Einrede, daß es sich nur um eine Administrativsache handle, ist daran zu erinnern, daß wir uns hier auf dem Boden des gemeinen deutschen öffentlichen Rechts befinden, sofern durch die Gesetzgebung der freien Stadt Frankfurt keineswegs, wie in mehreren anderen deutschen Staaten, besonders in Nachbildung der französischen öffentlichen Einrichtungen eine sogenannte Verwaltungsjustiz begründet worden ist, d. h. eine Absonderung mancher bestrittener Rechtsverhältnisse, die aus Rücksichten der dabei concurrirenden Beziehungen auf das öffentliche Interesse oder gemeine Wohl, auch soviel die Berechtigungen der Einzelnen betrifft, der Entscheidungszuständigkeit der Gerichte entzogen und zur Cognition und zum Erkenntniß an die höhere Verwaltungsbehörde gewiesen worden sind. Nach dem gemeinen deutschen öffentlichen und Proceßrechte ist aber die Zuständigkeit der Civil-

gerichte überall dann begründet, wenn es sich um die Behauptung der Verletzung wohlerworbener Privatrechte handelt, gleichviel von welcher Seite diese Verletzung erfolgt. Also auch dann, wenn durch eine Administrativbehörde solche Rechte der Unterthanen gefährdet worden, sind deren Handlungen, jedenfalls rücksichtlich der Frage über die Schadensersatzverbindlichkeit, der civilgerichtlichen Zuständigkeit unterworfen, weil in dieser Beziehung auch Handlungen der öffentlichen Verwaltung von der Einwirkung des Richteramtes nicht ausgeschlossen sein können. Denn sobald die Verwaltungsbehörde durch Ueberschreitung ihrer Befugnisse in die Rechte eines Einzelnen eingreift, so steht sie diesem nicht mehr kraft hoheitlicher Befugniß als einem Unterthan, sondern vielmehr nur als einem Privatmann gegenüber. Klage über verletztes Privatrecht ist daher die einzige wesentliche Eigenschaft, das wahrhaft Characteristische, wodurch eine Sache ihrem Gegenstande nach zu einer Justizsache sich eignet.

Klüber öffentl. Recht des deutsch. Bundes § 375.

Insbesondere ist es aber in der gemeinrechtlichen Theorie ein entschieden anerkannter Grundsatz, daß das Rechtsverhältniß der Staatsdiener, sofern es sich von den durch den Eintritt in den Staatsdienst erlangten besonderen vermögensrechtlichen Befugnissen handelt, zu den wohlerworbenen Privatrechten derselben gehören, die nicht der Willkür des Staatsoberhauptes oder irgend einer Verwaltungsbehörde in der Art überlassen sind, daß eine ungesetzliche Entziehung der Besoldung und der sonstigen Amtsemolumente zulässig wäre,

Heffter Beiträge zum deutschen Staats- u. Fürstenrecht p. 131. 136.

daher denn dieselben, wie es die Natur eines jeden wohlerworbenen Rechtes in Deutschland mit sich bringt, bei eintretender Verletzung zur Verfolgung auf gerichtlichem Wege als geeignet oder als wahre Justizsachen in der Regel betrachtet werden müssen.

Pfeiffer pract. Ausführ. Bd. 3. p. 352 ss.

Mittermaier im Arch. für die Civ. Prax. Bd. IV. p. 325

Zachariä deutsch. Staats- u. Bundesr. Abth. 2 § 123. 154. 155.

Wenden wir diese allgemeinen Grundsätze auf den gegenwärtigen Fall an, so ist es sofort klar, daß hier eine reine Justizsache vorliegt. Denn von dem Kläger wird seine erfolgte Dienstentlassung und die

damit verbundene Gehaltsentziehung als eine ungesetzliche Kränkung seiner privatrechtlichen Befugnisse angefochten, daher denn auch die eigentliche Tendenz der Klage nicht sowohl auf die Wiedereinsetzung in den entzogenen Dienst gerichtet ist, — indem es hierauf auch in der That, wenigstens in der Regel eine privatrechtliche Befugniß für den Staatsdiener nicht gibt und deßhalb nicht geben kann, weil die Ausübung der Amtsfunctionen in der Regel nicht zu den eigenen Rechten des Beamten gehört,

Zachariä a. a. O. Abth. 2 p. 72. 73

als vielmehr auf die Vergütung der mit dem Dienste verlorenen jährlichen Einkünfte. Durch die Entziehung dieses Einkommens hat nämlich die höchste Staatsbehörde einen Eingriff in die Vermögensrechte des Appellanten vorgenommen. Zur Zuständigkeit der Gerichte gehört es daher zu entscheiden, ob dieser Eingriff dem Gesetze gemäß erfolgt ist oder nicht, ob der Kläger also über ein verletztes Privatrecht mit Recht sich beschweren kann oder nicht? Da sich nun aus der vorstehenden Ausführung ergibt, daß die vom Appellaten vorgeschützte Einrede, es liege keine Justizsache vor, unbegründet ist, so folgt daher von selbst, daß er schuldig war, sich auf die Klage einzulassen. Denn auch die weitere von dem beklagtischen Appellaten vorgebrachte Einwendung, daß dem Richter wohl gestattet sei, zu prüfen, ob überhaupt der vom Gesetze erforderte Bericht der vorgesetzten Behörde der Entlassung des Klägers vorhergegangen, nicht aber, ob die zu dieser Entlassung erforderlichen Bedingungen vorhanden gewesen, ist unhaltbar, weil das Gericht überhaupt darüber zu entscheiden hat, ob die Dienstentlassung des Klägers dem Gesetze entsprechend sei oder nicht. Eine solche Theilung in die formelle und materielle Gesetzmäßigkeit des in Frage stehenden Actes des hohen Senates entbehrt allen Grundes und würde das richterliche Prüfungsrecht ganz illusorisch machen. Das Civilgericht hat in jedem Falle und vollständig, wo eine Parthei durch die unbefugte Handlung einer Behörde in ihrem Privatrechte gestört oder verletzt zu sein behauptet, zu untersuchen, ob nach dem Gesetze durch jene Handlung eine Rechtsverletzung begangen worden, und zu diesem Behufe und Zwecke müssen alle formellen und materiellen gesetzlichen Bestimmungen in Erwägung gezogen werden.

Hiermit ist denn zugleich auch über die Frage entschieden, ob gegen

den rechten Beklagten die Klage angestellt worden ist. Da nämlich der Kläger aus seiner von der höchsten Staatsbehörde verfügten Dienstentlassung einen vermögensrechtlichen Anspruch herleitet, so ist die Klage mit Recht gegen den Fiscus gerichtet worden. Denn der Fiscus ist der Staat selbst als Subject von privatrechtlichen Verhältnissen, als Inhaber von Vermögensrechten gedacht. Es kommt hierzu, daß der Kläger als fiscalischer Beamte angestellt war und seinen Gehalt aus dem Fiscus bezog, somit von diesem die fernere Reichung des ihm entzogenen Einkommens anzusprechen hatte. Ganz anders würde sich freilich die Sache herausstellen, wenn von dem Kläger ausschließlich nur auf die Reactivirung in den ihm entzogenen Dienst der Antrag gestellt worden wäre. Auf die dienstliche oder amtliche Thätigkeit an sich gibt es, wenn nicht besondere Gesetze eine andere Bestimmung enthalten, für den Staatsdiener kein wohlerworbenes durch die Gerichte zu schützendes Recht, weil diese Thätigkeit nicht einen Gegenstand bildet, der in den Kreis seiner Privatrechte fällt. Wird daher diese Thätigkeit durch eine höhere oder höchste Staatsbehörde sistirt, so kann das zwar mit dem geltenden öffentlichen Rechte unvereinbar und insofern der öffentliche Diener befugt sein, auch über die Entziehung seines Dienstes bei den zum Schutze der öffentlichen Verfassung und des geltenden öffentlichen Rechtes bestellten höheren Behörden oder repräsentativen Körperschaften Beschwerde zu führen. Aber die Gerichte können einen hierauf gerichteten Schutz nicht gewähren; sie können den betreffenden Act der ihnen coordinirten hohen Verwaltungsbehörde nicht aufheben oder für unwirksam erklären, also den entlassenen Beamten nicht in seinen Dienst reactiviren.

Gönner a. a. O. p. 264 ss.

Heffter a. a. O. p. 141 ss.

Vielmehr beschränkt sich die ihnen zuständige Cognitionsbefugniß auf die privatrechtliche Seite dieses Rechtsverhältnisses, d. h. diejenige, welche den Gehalt und die Dienstemolumente betrifft,

Heffter a. a. O. p. 149 ss.

daher denn auch nur in dieser Beziehung in dem dermaligen Rechtsstreit das Dienstverhältniß des Klägers als Gegenstand contradictorischer Verhandlung betrachtet werden kann.

15. Dienstpragmatik vom 6. October 1829 und §§ 7 — 10 der Fallitenordnung von 1708.

Ist die Dienstentsetzung des Klägers, wie solche zu ersehen, rechtmäßig oder unrechtmäßig?

I. Für die Beantwortung dieser Frage stützen sich beide Theile zunächst auf den schon oben angezogenen § 12 der Dienstpragmatik für Civilstaatsdiener vom 6/13. October 1829. Derselbe lautet wörtlich so: „Alle Staatsdiener zweiter Classe werden nur auf Widerruf vom Senat angestellt. Die Widerrufung einer Anstellung kann auch nur vom Senate ausgehen und zwar nur auf vorgängige Berichterstattung der zunächst vorgesetzten Behörde, woraus hervorgeht, daß alle Disciplinarstrafen ihren Zweck verfehlt haben, der Widerruf hat Verlust allen Gehaltes und jeder Entschädigung zur Folge." Ueber den in vielfache Erörterung fallenden Zusammenhang dieses ganzen Gesetzes bezieht sich der Beklagte weiterhin noch auf die §§ 7 — 10 der Fallitenordnung von 1708 *). In factischer Beziehung stützt sich Kläger auf die einfache und feststehende Thatsache, daß er niemals irgend eine Disciplinarstrafe

*) § 7. Wegen des Schuldeners geführten Wandels und Lebens-Art (soll) genaue Information und Erkundigung eingezogen, er selbsten auch, da er bei Handen, examiniret werden, ob er erweißlich durch unvorgesehene Unglücksfälle in den Abgang der Nahrung und Verderben gekommen, oder aber

§ 8. durch Nachlässigkeit, sein oder der Seinigen prächtige Haußhaltung, Anschaffung kostbarer Mobilien, wollüstiges Leben, mit frembdem Geld und Gut unternommene gefährliche Handlungen, und dergleichen übeles Verfahren, in solchen Zustand gerathen, oder auch

§ 9. mittels Dissimulation und Verschweigung der Sache wahren Beschaffenheit und vorhandener Effecten, sich mit anderer Leute Verlust, betrieglicher Weise, nebst Aufopfferung Ehre und Gewissens, zu bereichern trachte, welchenfalls

§ 10. ein solcher Schuldmann nicht nur für infam, und zu Betrettung ehrlicher Aemter und Gesellschafften unwürdig gehalten und erkläret seyn, sondern auch

§ 11. als ein offenbarer falsarius, mit nachdrücklicher, und der verübten Leichtfertigkeit und Gefährde gemäser Leibs- und anderer Strafe angesehen werden soll.

erlitten habe, woraus sich von selbst ergebe, daß die in § 12 cit. geforderte und als gesetzliche Bedingung der Widerrufung aufgestellte Berichterstattung der zunächst vorgesetzten Behörde an den Senat, mit dem durch das Gesetz bezeichneten Inhalt, seiner Entsetzung nicht habe vorhergegangen sein können.

Dagegen führt der Beklagte vorzüglich Folgendes an: Am 24. Juni 1841 sei Kläger mit einem Moratoriengesuche bei dem Stadtgerichte eingekommen, welches sich unter obwaltenden Umständen dadurch veranlaßt gesehen habe, ihn in persönliche Haft zu nehmen und zur Untersuchung wegen betrügerischen Aufborgens an peinliches Verhöramt zu überweisen, darauf sei am 18. Februar 1842 ein Urtheil des Appellationsgerichts ergangen, worin er für strafbar erkannt und ihm der bis zu diesem Tage erstandene Arrest für Strafe angerechnet worden sei, so daß also theils hiernach, theils laut den Concursacten und sonst dem Kläger solche Verletzungen seiner Amtspflichten und anderweitige Vergehen zur Last fielen, welche ihn als unfähig und unwürdig zum weiteren Versehen seines Dienstes erscheinen ließen und welche durch die Disciplinarstrafe nicht hätten ausgeglichen werden können; — wohin namentlich gehören: verschwenderische Lebensweise, leichtsinniges Schuldenmachen und betrügerisches Aufborgen (was unter § 10 der Fallitenordnung cit. falle), ferner öfters gezeigter Unfleiß und besonders grobe Verletzung der Dienstinstruction durch verbotene Betreibung mehrerlei eigener Handels- und zahlloser Wechselgeschäfte.

Die Anwendung der Gesetze auf diese thatsächlichen Verhältnisse geschieht von Seiten der Partheien hauptsächlich in der Art, daß der Kläger sich darauf bezieht, der einzige Fall, für welchen die Dienstpragmatik § 12 die Widerrufung gegen einen Staatsdiener zweiter Classe in die Befugniß des Senates lege, sei in concreto nicht vorhanden, wogegen der Beklagte theils den § 10 cit. der Fallitenordnung auf den vorliegenden Fall angewendet wissen, theils und besonders dem § 12 cit. der Dienstpragmatik sowohl aus dem Zusammenhang dieses gesammten Gesetzes, als aus der Analogie anderer Bestimmungen desselben und aus der Natur der Sache eine Auslegung geben will, wonach die geschehene Ent-

setzung des Klägers als dem Gesetze gemäß und gerechtfertigt erscheine.

II. Das Gericht erster Instanz hat sich nun sowohl hinsichtlich des Sinnes der angeführten Gesetze, als in Auffassung und Würdigung der thatsächlichen Verhältnisse im Ganzen den Deductionen des Beklagten angeschlossen und die Klage gänzlich abgewiesen, weil das im § 12 cit. aufgestellte Requisit vorhergegangener Disciplinarstrafen unmöglich für solche Fälle gemeint sein könne, wo ein Beamter zweiter Classe nicht bloßer Fehler gegen die Ordnung im Dienste beschuldigt, sondern wegen eines Verbrechens criminell bestraft worden sei, dessen Ahndung seiner ihm zunächst vorgesetzten Behörde gar nicht zustand, und wobei bloße Disciplinarstrafen als ganz unstatthaft erscheinen mußten, — weil es ferner widersinnig wäre, wenn der Beamte, welcher ein Verbrechen beginge, einen Vortheil vor demjenigen voraus hätte, welchem bloße Verstöße gegen die Ordnung im Dienste zur Last fielen, und weil endlich der Kläger „durch den gespielten fraudulosen Banquerott und durch die deßfalls erlittene criminelle Haft und Strafe des zur Bekleidung eines Staatsdienstes erforderlichen Vertrauens und guten Namens sich verlustig gemacht und mit einem Makel behaftet habe, der durch alle ordentlichen Disciplinarstrafen nicht beseitigt werden könne" und wonach es völlig gleichgültig sei, ob er schon Disciplinarstrafen erlitten habe, wie denn deßhalb der Rechtsbestand des durch den Senat ausgesprochenen Widerrufes unter diesen Umständen schon nach den oben angezogenen Bestimmungen der Fallitenordnung unzweifelhaft feststehe.

III. Bei Prüfung dieses erstinstanzlichen Erkenntnisses setzt nun der judex a quo vor Allem für die streitige Interpretation der Dienstpragmatik folgende Regeln fest:

a. die Worte des § 12 cit. könnten nicht allein entscheiden, sondern der Gesammtinhalt des Gesetzes und der organische Zusammenhang seiner einzelnen Bestimmungen müßten dabei gleichfalls in Erwägung gezogen werden.

b. Da diese Dienstpragmatik, obgleich zu dem Zwecke erlassen, um die öffentlichen Dienstverhältnisse der Civilstaatsdiener auf's Neue zu ordnen und gehörig festzusetzen, gleichwohl nicht in dem

Maße vollständige und erschöpfende Vorschriften über diese Verhältnisse enthalte, daß nicht in Einzelnem Lücken wahrzunehmen wären und unentschiedene Fragen zurückblieben, so könne es in solchen Fällen keinem Bedenken unterliegen, daß zur Ergänzung dieses Gesetzes von dem gemeinen deutschen öffentlichen Rechte Gebrauch gemacht werden dürfe und müsse.

c. Ebenso werde es durch die allgemeinen Rechtsgrundsätze gerechtfertigt, daß man auf die Staatsdiener zweiter Classe die Analogie dessen anwende, was in der Dienstpragmatik für die Staatsdiener erster Classe vorgeschrieben sei, und nur da eine Abweichung von dem, was für jene geltendes Recht ist, eintreten lasse, wo eine solche in den besonderen Bestimmungen der Dienstpragmatik sich begründet finde, zumal auch jene wirkliche Staatsdiener seien und daher, abgesehen von jenen Ausnahmsvorschriften, kein Grund vorhanden sei, dieselben nach anderen Normen zu behandeln, als diese.

Von diesen Principien ausgehend argumentirt nun der judex a quo unter partieller Gutheißung der Interpretation der Dienstpragmatik, wie sie der Beklagte ausführt, folgender Maßen:

Der § 12 beziehe sich nur auf den Fall der Dienstentlassung, welcher wegen Disciplinarvergehen erfolgen solle, nicht aber auf diejenigen weiteren Gründe der Dienstentlassung die neben jenem bestehen, als welche namentlich für die Staatsdiener erster Classe in § 7 noch drei weitere anerkannt werden, nämlich 1. Dienstuntreue; 2. gröbere Amts- und Dienstpflichtsverletzungen, die unter die bloßen Disciplinarvergehen nicht gerechnet werden können und 3. eine wegen gemeiner Verbrechen zuerkannte Zuchthaus- oder Correctionshausstrafe. Insbesondere sei der § 12 der Dienstpragmatik dann nicht anwendbar, wenn ein Criminalverbrechen von einem Staatsdiener zweiter Classe begangen worden, und in einem solchen Falle könne auch ohne vorgängige Disciplinarstrafen die Entsetzung durch den Senat sofort verfügt werden.

Für diese Interpretation sollen nach der Ansicht des judex a quo folgende Gründe sprechen:

1. Die unzweifelhafte Absicht der Dienstpragmatik gehe dahin, den Staatsdienern erster Classe eine vortheilhaftere und zum Theil

auch mehr gesicherte Stellung zu geben, als denjenigen zweiter Classe, wie sich dies aus den Bestimmungen der §§ 2, 11, 14, 15, 17 ergebe und insbesondere daraus, daß jene nur durch Urtheil und Recht, diese auch auf dem Administrativwege entsetzt, resp. entlassen werden können. Würde nun das letztere buchstäblich nur unter der in § 12 gestellten Bedingung der vorhergegangenen Disciplinarstrafen zulässig sein, so würde das Verhältniß sich umkehren und die Staatsdiener zweiter Classe günstiger als die der ersten gestellt sein, weil diese nach § 7 wegen gewisser gemeiner Verbrechen ipso jure ihres Amtes verlustig werden, während jene auch in Fällen dieser Art, wenn nur die vorgängigen Disciplinarstrafen mangelten, nicht entlassen werden könnten. *

2. Ohne diese Auslegung und bei der stricten Festhaltung der Worte des § 12 könne ein Staatsdiener zweiter Classe, der ein Criminalvergehen beginge, gar nicht entsetzt werden, zumal Disciplinarstrafen in Fällen dieser Art schlechthin zwecklos und unanwendbar wären. Eine solche Lücke in dem Gesetze dürfe ohne die dringendsten Gründe nicht angenommen werden.

3. Es käme sonst das widersinnige Resultat heraus, daß ein Staatsdiener, der gemeine Verbrechen begangen, in einer besseren Lage sich befände, als einer, der nur gegen die Ordnung im Dienste sich verfehlte.

Da hiernach (so geht die Deduction weiter) der in § 12 anerkannte Fall der Dienstentlassung eines Staatsdieners zweiter Classe nicht als der einzig mögliche anzusehen und doch in dem ganzen Gesetze auch kein anderer aufgestellt sei, so müsse nun zur Ergänzung die Regel des gemeinen Rechts zur Anwendung kommen, daß jede Verurtheilung wegen eines gemeinen infamirenden Verbrechens den Verlust der Fähigkeit zu Staats- und Ehrenämtern zur Folge habe. Und zwar gelte diese Regel für die Staatsdiener erster, wie zweiter Classe. Davon könne es auch nichts ändern, daß § 7 der Dienstpragmatik für die Staatsdiener erster Classe die Entsetzung nur dann als nothwendige Folge eines gemeinen Verbrechens vorgesehen habe, wenn die deßhalb erkannte Strafart in Zuchthaus- oder Correctionshausstrafe bestehe. Nicht immer werde für ein gemeines infamirendes Verbrechen auf eine dieser beiden

Strafarten erkannt, und für solche Fälle müsse das gemeine Recht neben der Dienstpragmatik für anwendbar gehalten werden, weil nicht angenommen werden könne, daß die Gesetzgebung eine solche in der Natur des Staatsdienstverhältnisses begründete gemeinrechtliche Folge der Begehung eines infamirenden Verbrechens habe aufgeben wollen. Um so mehr müsse dieses bei den Staatsdienern zweiter Classe gelten, als bei diesen eine solche Beschränkung der Entsetzung auf die Fälle von anerkannter Zuchthaus- oder Arbeitshausstrafe durch die Dienstpragmatik nicht ausgesprochen werde.

Hieraus wird nach vorhergegangener Nachweisung, daß weder aus dem § 12 cit. der Dienstpragmatik selbst, noch aus den oben angeführten §§ 7 — 10 der Fallitenordnung in ihrer Anwendung auf die ermittelt vorliegenden Thatsachen die in Frage liegende Dienstentlassung gerechtfertigt werden könne, daß mithin für diese Rechtfertigung einzig jene gemeinrechtliche Regel übrig bleibe, der Schluß gezogen, daß es bei Beurtheilung der Klage bloß noch auf die Frage ankomme, ob dem Kläger durch die Begehung des strafbaren Banquerotts, dessen er rechtskräftig für schuldig erkannt worden, ein infamirendes Verbrechen im Sinne des § 9 der Fallitenordnung zur Last falle, und es wird daher durch die sententia a qua dem Beklagten als Bedingung seiner Liberation dieser Beweis auferlegt, indem nach der Actenlage, noch nicht hinreichender thatsächlicher Stoff zur Beantwortung jener Frage vorhanden sei.

IV. Indem nunmehr zur Prüfung dieser gesammten Hauptargumentation des judex a quo und ihres Resultates übergegangen werden soll, mag es zweckmäßig sein, sogleich den zuletzt berührten Punct, nämlich die Natur des Verbrechens, dessen der Kläger rechtskräftig schuldig erklärt ist, zu erledigen.

Es hat sich nämlich in dieser Beziehung seit Abfassung der sententia a qua die Actenlage insofern geändert, als auf Begehren des Klägers und laut Decret vom 12. November 1844 nicht allein die vollständigen Entscheidungsgründe des letztinstanzlichen Strafurtheils, welche der judex a quo vermißte, im Original, sondern auch die übrigen Criminal-, sowie die Concursacten beigebracht und adjungirt worden sind.

Aus jenen Entscheidungsgründen ergibt sich nun, daß das Vergehen, dessen der jetzige Kläger schuldig befunden wurde, unter den Begriff „eines gefährlichen Aufborgens und eines strafbaren Banquerottes, wie er insbesondere in den für Frankfurt ergangenen Verordnungen vom 24. Februar 1631 und vom 3. Juli 1708 vorausgesetzt werde" subsumirt wurde, wobei denn noch folgende Aeußerungen des urtheilenden Richters für die Natur des Vergehens in Berücksichtigung fallen:

„Es läßt sich dem Inculpaten allerdings der Vorwurf nicht machen:

1. daß er sich auf Kosten seiner Gläubiger habe bereichern wollen, oder daß er das aufgeborgte Geld verschwendet habe, indem vielmehr die Einlösung der fälligen Wechsel oder der Wunsch, dem St. in seinen Geldangelegenheiten behülflich zu sein, die einzigen Zwecke seines fortwährenden neuen Aufborgens gewesen zu sein scheinen.

2. Auch der Vorwurf, daß er seine Gläubiger über seine Vermögensverhältnisse absichtlich getäuscht habe, kann dem Inculpaten nicht mit hinreichender Sicherheit gemacht werden, obwohl in dieser Beziehung allerdings einiger Verdacht auf ihm lastet."

„Aus dieser Sachlage folgt jedoch nur soviel, daß das dem Inculpaten zur Last fallende Benehmen nicht als ein betrügliches Aufborgen im strengen Sinne des Wortes angesehen werden kann," wohingegen eine Uebertretung des § 8 der Fallitenordnung vom 3. Juli 1708 ihm jedenfalls zur Last fällt, nicht zu gedenken, daß auch der bloße Leichtsinn eines Falliten, wenn er dritte Personen gefährdet oder benachtheiliget, sehr wohl strafbar werden kann."

„Endlich hat der Inculpat sich auch noch auf die beiden Entscheidungsgründe berufen, daß er

1. nur als Opfer einer seinem Mitinculpaten St. erwiesenen Gefälligkeit anzusehen und daß

2. seine Schuldenlast nur durch den unerhörtesten Wucher seiner Gläubiger so angewachsen sei, und auch in dieser Beziehung kann die Richtigkeit der von ihm geltend gemachten Thatsachen theilweise nicht verkannt werden. Denn u. s. w."

„Allein alle diese Umstände sind doch keineswegs geeignet, den Inculpaten in solchem Grade zu entschuldigen, daß sein eigenes Benehmen deßhalb nicht mehr für strafbar anzusehen wäre. Denn rc. Prüft man nun aber die dem Inculpaten zuerkannte Strafe, so ist zunächst davon auszugehen, daß demselben nicht sowohl die ganze, etwa sechsmonatliche Dauer der an sich unvermeidlich gewesenen Untersuchungshaft, als vielmehr derjenige Theil derselben, um den sie durch andere unabweisliche Geschäfte des peinlichen Verhöramts verlängert wurde, zur Strafe angerechnet worden ist, mithin eine einfache Gefängnißstrafe von jedenfalls nur sehr mäßiger Dauer. Es könnte demnach nur auf die Frage ankommen, ob überhaupt ein solcher durch den höchsten Grad von Leichtsinn und grober culpa herbeigeführter Banquerott, verbunden mit geflissentlich verzögerter Insolvenzerklärung mit Gefängnißstrafe oder bloß mit einer gelinden Strafart zu belegen sei u. s. w."

Endlich wird bei Erörterung der erstinstanzlichen Competenz des Appellationsgerichts für diese Strafsache unzweideutig vorausgesetzt, daß, nach dem Ergebniß der Untersuchung und nach Art und Maß der zu verhängenden Strafe, die Sache keineswegs die Competenz des Stadtgerichts überstiegen haben würde, und daß dieselbe lediglich deßwegen, weil jenes Ergebniß sich nicht vom Anfang an habe vorhersehen lassen und weil sie mit einer anderen Sache (des St.) verbunden gewesen, auch die Competenz des Stadtgerichts für solche Sachen unter diesen Umständen keine ausschließliche sei und zudem das Stadtgericht seine Zustimmung gegeben habe, — von dem Appellationsgerichte als erste Criminalinstanz habe an Hand genommen werden können.

Nach allem diesem kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die von dem judex a quo als Bedingung eines liberirenden Urtheils für erheblich angesehene und dem Beklagten daher zum Beweis auferlegte Thatsache, daß nämlich dem Kläger durch die Begehung des strafbaren Banquerottes, dessen er rechtskräftig für schuldig erkannt worden, ein infamirendes Verbrechen im Sinne des § 9 der Fallitenordnung zur Last falle, unerweisbar, ja durch das angezogene rechtskräftige Strafurtheil und seine Entscheidungsgründe

geradezu und vollständig widerlegt ist, und es würde bei so bewandten Umständen im Sinne der oben referirten Argumentation des judex a quo das zur Prüfung liegende Beweisinterlocut in eine einfache condemnatoria, wenigstens in der Hauptsache, justificirt werden müssen.

V. Was nun aber beregte Argumentation und die zum Grunde liegende Interpretation selbst betrifft, so erheben sich gegen deren Richtigkeit im Allgemeinen und Besondern große Bedenken.

Schon der zum Grunde gelegte Gedanke, daß in der vorliegenden Dienstpragmatik die wichtigsten Hauptfragen, betreffend die rechtliche Stellung der Staatsdiener, von dem Gesetzgeber vergessen oder gar absichtlich übergangen und dem subsidiären gemeinen Rechte anheimgestellt worden wären, muß als höchst mißlich erscheinen, wenn man wahrnimmt, wie das Gesetz in neuerer Zeit und in einer der Hauptstädte Deutschlands erlassen, schon den ersten Einleitungen nach in seiner ganzen Wichtigkeit von allen Seiten aufgefaßt, mit großem Interesse vorbereitet und berathen und, was sowohl die Einleitung des Gesetzes selbst, als insbesondere die Verhandlungen der gesetzgebenden Versammlung (Bender l. c.) unzweideutig darthun, recht eigentlich darauf berechnet war, das berühmte Problem einer richtigen Stellung des Staatsdieners und einer gerechten Ausgleichung der dabei so leicht collidirenden öffentlichen und Privat-Interessen auf eine dem modernen Stande der Erkenntniß und den practischen Anforderungen der Zeit entsprechende Weise zu lösen.

Noch mehr Zweifel müssen aber manche einzelne Resultate jener Interpretation hervorrufen, wenn man sich den Gesetzgeber, von welchem die vorliegende Dienstpragmatik ausging, als ein lebendes, denkendes und des Ausdrucks fähiges Wesen vergegenwärtigt und dabei die Frage aufwirft, ob er als solches wirklich so, wie er gethan, gesprochen haben könnte, wenn er jene Resultate gedacht und gewollt hätte; — eine Frage, die, um ein vorläufiges Beispiel anzuführen, sich unwillkürlich aufdringt,* wenn unter anderen bei den Worten des § 7 „die Entsetzung . . . ist . . . nothwendige Folge jeder wegen eines gemeinen Verbrechens zuerkannten Zuchthaus- oder Correctionshausstrafe" u. s. w. es mit dem

Willen des Gesetzgebers verträglich sein soll, daß die Entsetzung auch ohne zuerkannte Zuchthaus- oder Correctionshausstrafe nothwendige Folge jedes infamirenden Vergehens sei, welcher letztere Begriff (wohl aus guten Gründen) in dem ganzen Gesetze nicht vorkommt.

VI. Es wird demnach vor Allem nothwendig, gemäß der ersten der von dem judex a quo aufgestellten Interpretationsregeln genauer als bisher geschehen, zu untersuchen, was „die Gesammtheit des Gesetzes" (nämlich der mehrerwähnten Dienstpragmatik) und der organische „Zusammenhang seiner einzelnen Bestimmungen" für Entscheidung des vorliegenden Falles ergebe und ob wirklich in diesem Ergebniß solche Lücken übrig bleiben, wie bisher vorausgesetzt worden und wodurch allein die Interpretation des zunächst maßgebenden § 12 auf die oben angeführten Auswege getrieben werden konnte.

Nachdem vorerst im § 1 die Eintheilung in Staatsdiener erster und zweiter Classe aufgestellt und der Unterschied zwischen den beiden Classen darin gesetzt worden, daß zu der ersten Classe diejenigen gehören, „welche sich durch academische Studien oder doch sonst durch besondere wissenschaftliche Bildung zum Staatsdienste vorbereitet und gebildet haben," zu der zweiten Classe dagegen diejenigen, „deren Dienstverrichtungen eigentlich nur mehr mechanisch sind, nur Routine, aber keine streng wissenschaftliche Bildung erfordern, überhaupt die solche Stellen bekleiden, wozu sich Personen eignen, die sich ursprünglich zu einem anderen bürgerlichen Berufe bestimmt hatten," nachdem auch in demselben § 1 die sämmtlichen Stellen von Staatsdienern erster Classe unter 26 Nummern einzeln aufgezählt und im § 2 die Bedingungen ihrer Anstellung und daß die Anstellung auf Lebenszeit geschehe, festgesetzt, sodann in §§ 3 — 6 anderweitiges, was im vorliegenden Falle in keine Betrachtung fällt, angeordnet worden, so verfügt darauf § 7 wörtlich Folgendes: Staatsdiener erster Classe können nur wegen Dienstuntreue und solchen gröberen Amts- und Dienstpflichtsverletzungen, die unter die § 9 bezeichneten Disciplinarvergehen nicht gerechnet werden können, oder wegen Disciplinar-Vergehen nur dann, wenn alle Grade der Disciplinarstrafen (§ 9), um sie zur Pflichterfüllung zu vermögen, schon vergeblich verhängt worden waren — und zwar

nur durch richterliches Erkenntniß, ihrer Stelle mit Verlust allen Gehaltes und ohne alle Entschädigung entsetzt werden. Die Entsetzung mit Verlust allen Gehaltes ist aber nothwendige Folge jeder wegen eines gemeinen Verbrechens zuerkannten Zuchthaus- oder Correctionshausstrafe, sowie die Suspension vom Dienst und Gehalt unmittelbare Folge jeder richterlich und rechtskräftig erkannten Specialinquisition ist. Während einer solchen können höchstens Alimente für den Inquisiten aus seinem Gehalt bestritten werden." Hierin liegen und zwar eigens für die Staatsdiener erster Classe folgende wohl zu beachtende Bestimmungen:

1. Der Staatsdiener erster Classe kann gegen seinen Willen anders, als durch Urtheil und Recht, absolut niemals seine Stelle verlieren. (Demnach wird von den später folgenden Theilen des Gesetzes zu erwarten sein, daß die Beamten zweiter Classe ihre Stellen noch auf anderem Wege verlieren können.)

2. Selbst die gerichtliche Entsetzung ist aber bei einem Staatsdiener erster Classe nicht wegen jedes Verbrechens oder Vergehens zulässig, sondern nur wegen solcher, durch welche die Amtspflicht verletzt wird und zwar in einem Grade, welcher den Begriff eines Disciplinarvergehens übersteigt und ausschließt. (Staatsdiener zweiter Classe werden demnach, wenn sie nicht durch eine spätere Bestimmung des Gesetzes in diesem Puncte denjenigen der ersten Classe gleichgestellt werden, vielmehr, wie gewöhnlich wegen jeden Verbrechens und Vergehens, wenn dadurch gleich die Amtspflicht nicht verletzt wird, je nach dem Ermessen des Richters und soweit es die Einrichtung der Strafjustiz überhaupt zuläßt, durch Urtheil und Recht ihrer Stelle entsetzt werden können.)

3. Theils durch die sub 2 erwähnte Beschränkung der gerichtlichen Entsetzung bei Staatsdienern erster Classe auf Amtsvergehen, theils durch ihre höhere Ehre und ihr Bedürfniß des öffentlichen Zutrauens wird nun die weitere Bestimmung unerläßlich, daß, wenn ein solcher Staatsdiener für gemeine Verbrechen oder Vergehen zu Zuchthaus und Arbeitshaus verurtheilt wird, die Entsetzung ipso jure eintrete. (Bei Staatsdienern zweiter Classe wird man in Ermangelung dieser beiden Gründe dieselbe Bestimmung nicht erwarten.)

4. Die Staatsdiener erster Classe können aber gerichtlich entsetzt werden, auch für bloße Disciplinarvergehen, obgleich diese (sie finden sich in § 9 genauer bezeichnet und aufgezählt) an und für sich bei den Staatsdienern beider Classen nach § 9 gar nicht unter die gerichtliche Cognition fallen, sondern von der vorgesetzten Verwaltungsbehörde mit Strafe von bestimmten Arten und Graden belegt werden dürfen. Die gerichtliche Competenz wird also hier einzig zu dem Ende erweitert, um auf der einen Seite die ausschließliche Befugniß der Gerichte zur Entsetzung eines Staatsdieners erster Classe und die absolute Unfähigkeit der Verwaltungsbehörden zu dieser Maßnahme consequent durchzuführen und auf der anderen Seite die Entfernung eines als unverbesserlich erprobten Subjects aus dem Staatsdienste möglich zu machen. Dabei wird die Beschränkung festgesetzt, daß die gerichtliche Absetzung auf den Grund von Disciplinarvergehen erst dann zulässig sei, wenn alle Grade der Disciplinarstrafen von der vorgesetzten Verwaltungsbehörde schon vergeblich verhängt worden seien. (Diese außerordentliche Competenz der Gerichte wird hinsichtlich der Staatsdiener zweiter Classe nicht zu erwarten sein, da der angeführte einzige Zweck derselben bei ihnen wegfällt, wohl aber wird sich das Gesetz noch darüber erklären müssen, ob die Verwaltungsbehörden bei ihrer Competenz zur Entsetzung eines Staatsdieners zweiter Classe der zuletzt erwähnten Beschränkung ebenfalls unterworfen seien.)

So weit der Inhalt des § 7, nach welchem zunächst in § 8 das Verfahren bei groben Amtsvergehen und Amtsverbrechen regulirt, dann in §§ 9 u. 10 die Disciplinarvergehen und die Disciplinarstrafen nebst dem dabei zu beobachtenden Verfahren bestimmt werden. Hierauf folgt in § 11 noch diese Bestimmung: „Bei einem Benehmen, welches das bei Verrichtung eines Staatsdienstes erster Classe erforderliche Ansehen und Zutrauen schwächt oder mit der besondern bürgerlichen Diensteehre unverträglich ist, kann, wo die Disciplinarstrafen der unmittelbar vorgesetzten Behörde erfolglos geblieben sind, auf vorgängige Berichterstattung dieser Behörde vom Senate auch eine Suspension vom Dienste und Gehalte bis auf drei Monate verhängt, und wenn diese ebenfalls nicht fruchtet, ein solcher Staatsdiener der Entsetzung halber vor Gericht gestellt

werden." Hierdurch wird, und zwar wieder einzig zu dem vorhin sub 4 angegebenen Zwecke, die gerichtliche Competenz noch um einen Schritt weiter ausgedehnt, nämlich auch auf Handlungen, welche weder Amtsvergehen, noch gemeine Verbrechen, noch auch Dienstfehler sind, sondern sittliche Fehler, worin das in dem Paragraphen characterisirte „Benehmen" sich ausdrückt. Auch hierfür soll bei Staatsdienern erster Classe gerichtliche Entsetzung stattfinden, doch nur unter der noch stärkeren Beschränkung, daß nicht bloß alle Grade der Disciplinarstrafen von Seite der unmittelbar vorgesetzten Behörde, sondern auch die ganz außerordentliche Suspension von Seite des Senats vorhergegangen sein muß. (Diese oder eine ähnliche Bestimmung ist für die Staatsdiener zweiter Classe deßwegen nicht zu erwarten, weil als Grund ausdrücklich die höhere Diensteehre und das Bedürfniß des öffentlichen Zutrauens angegeben wird, welche beide Attribute nach dem ganzen Sinne und Zusammenhange des Gesetzes die Staatsdiener erster Classe von denjenigen zweiter Classe unterscheiden.)

VII. Faßt man nun den bisher dargestellten Inhalt der §§ 1 — 11 der Dienstpragmatik zusammen und unterscheidet dabei die vorweg angedeutete Art desjenigen, was sich aus den, vorzugsweise die Staatsdiener erster Classe unmittelbar betreffenden Bestimmungen auf die Willensmeinung des Gesetzes betreffend die Staatsdiener zweiter Classe mittelbar schließen läßt, — und dasjenige, worüber hingegen von dem weiteren Inhalte des Gesetzes noch ausdrücklicher Aufschluß zu erwarten ist, wenn nicht der Ausdruck jener Willensmeinung und unsere Einsicht in dieselbe lückenhaft bleiben soll, so erscheint unter dieser letzteren Cathegorie einzig und allein die Frage, wie, von welcher Behörde und unter welchen Bedingungen ein Staatsdiener zweiter Classe auch ohne Urtheil und Recht seines Amtes verlustig erklärt werden könne, wogegen die ganze übrige Stellung dieser zweiten Classe in ihrer Gleichheit und Ungleichheit gegen die erste aus den bisher angeführten Bestimmungen in demselben Umfang, wie dadurch die Stellung von dieser sich regulirt findet, genügend und mit völligem inneren Zusammenhange erkannt werden kann.

Da nun die §§ 13 — ult. theils von der erbetenen Entlassung,

theils von der Quiescirung, Emeritirung und Pensionirung der Staatsdiener handeln, und sich auf die gegenwärtig in Erörterung liegenden Puncte nicht beziehen, so findet man sich für die, wie vorhin bemerkt, noch auszufüllende Lücke auf den allein übrig bleibenden § 12 angewiesen, dessen wörtlicher Tenor oben sub I. zu ersehen ist.

Der Inhalt dieses § 12 ist aber so beschaffen, daß die bezeichnete Lücke dadurch vollständig ausgefüllt wird. Denn es wird dadurch bestimmt, daß Staatsdiener zweiter Classe von Anfang an nur auf Widerruf angestellt werden, daß aber dieser Widerruf einerseits nur vom Senat ausgehen könne und andererseits erst zulässig sei, wenn alle Disciplinarstrafen ohne Erfolg verhängt und, daß dies geschehen, von der zunächst vorgesetzten Behörde an den Senat einberichtet worden sei; endlich daß der Widerruf für Gehalt und Entschädigung dieselbe zerstörliche Wirkung habe, wie die gerichtliche Entsetzung nach § 7.

Der wahre Sinn der Bedingung, an welche § 12 den Widerruf knüpft, ist soeben mit anderen Worten deßhalb wiedergegeben worden, um die ganz willkürliche und unglaubliche Auslegung, welche der Beklagte wiederholt versucht hat, und wonach die Worte „nur auf vorgängige Berichterstattung . . ., woraus hervorgeht, daß alle Disciplinarstrafen ihren Zweck verfehlt haben," ebensoviel bedeuten sollen, als wenn noch die Worte angehängt wären „oder verfehlt haben würden," von der Hand zu weisen.

Zugleich mag hier noch der in den Acten vielfach vorkommende Gedanke kurz widerlegt werden, als ob eine Art von Widerspruch stattfinde, zwischen dem ersten Satze des § 12, wonach alle Staatsdiener zweiter Classe nur auf Widerruf vom Senate angestellt werden, und der späteren Bestimmung, wonach der Widerruf doch nur in dem bezeichneten einzigen Falle eintreten darf. Ein solcher Widerspruch wäre nur dann vorhanden, wenn die Widerruflichkeit einer Anstellung schon dem Begriffe nach nothwendig eine absolute sein müßte. Dies ist aber durchaus nicht der Fall; vielmehr ist es mit dem Begriffe der Widerruflichkeit vollkommen verträglich, daß der Widerruf gesetzlichen Bedingungen und Beschränkungen unterworfen sei. Eine Anstellung ist widerruflich, wenn es auch nur

einen einzigen Fall gibt, in welchem das Gesetz den Widerruf zuläßt, und umgekehrt muß man sagen: die anstellende Behörde (hier der Senat) kann auch nicht in einem einzigen Falle die von ihr geschehene Anstellung widerrufen, wenn nicht die Anstellung durch Gesetz oder sonstige Rechtsnorm als widerruflich erklärt und demnach der Staatsdiener auf Widerruf angestellt ist.

VIII. Die bisherige Interpretation, wie man sie bei einer ungezwungenen Auffassung der Worte des § 12 der Dienstpragmatik „aus der Gesammtheit des Gesetzes und dem organischen Zusammenhange seiner einzelnen Bestimmungen" zu schöpfen gesucht hat, ergibt für die rechtliche Stellung der Staatsdiener zweiter Classe, soweit solche in Frage liegt, gegenüber der oben sub VI. bezeichneten Stellung der ersten Classe, ein Resultat, welches sich in folgenden Sätzen recapituliren läßt:

a. Der Staatsdiener zweiter Classe kann für jedes (auch gemeine) Verbrechen oder Vergehen durch Urtheil und Recht entsetzt werden, ungehindert durch die Dienstpragmatik und soweit immer die von derselben unabhängig bestehende Einrichtung der Strafjustiz die Strafart der Amts- oder Dienstentsetzung zuläßt. Bloße Disciplinarfehler im Sinne des § 9 fallen ohne Ausnahme unter die Cognition der vorgesetzten Verwaltungsbehörden.

b. Er kann außerdem auch durch Widerruf der Anstellung von Seiten seiner Wahlbehörde (des Senats) seine Stelle verlieren, aber nur nach vorhergegangenen Disciplinarstrafen, überhaupt nur unter den in § 12 gestellten Bedingungen.

c. Er verliert seine Stelle niemals ipso jure in Folge einer erlittenen anderweitigen gerichtlichen Strafe.

d. Eine solche gibt auch niemals dem Senate das Recht, die Anstellung zu widerrufen, anders, als wenn die Bedingungen des § 12 bereits erfüllt wären.

Dieses Resultat hat sich ergeben, ohne daß von den zwei letzten Interpretationsmaximen des judex a quo (cf. sub III.) Gebrauch gemacht wurde: es fand sich hierfür schon deßwegen keine Veranlassung, weil man sich von der bei ihrer Aufstellung vorausgesetzten Lückenhaftigkeit der Dienstpragmatik bei deren näherer Betrachtung gar nicht überzeugt hat.

Es sollte obigem Resultate schon nach der bisherigen Betrachtung an innerem Zusammenhang und an legislatorischer Möglichkeit ebenso wenig, als an ungezwungener Herleitung aus dem Tenor des gesammten Gesetzes fehlen. Um einige Bedenken, welche doch noch dagegen erhoben werden möchten, zu beseitigen, sollen nunmehr noch die positiven Gründe, mit welchen der judex a quo seine ganz verschiedene Interpretation unterstützt hat (oben sub III.), einer näheren Prüfung unterworfen werden.

IX. Der erste dieser Gründe wird aus der Wahrnehmung abgeleitet, daß es die Absicht der Dienstpragmatik sei, den Staatsdienern erster Classe eine vortheilhaftere und zum Theil auch eine mehr gesicherte Stellung zu geben, als denjenigen zweiter Classe. Diese Wahrnehmung ist richtig, insbesondere auch darin, daß jene Absicht nicht als absolut, sondern nur als partiell bezeichnet wird, indem das Gesetz, wie oben sub VI. nachgewiesen worden ist, auch der in entgegengesetzter Richtung wirkenden Rücksicht ihr Recht hat widerfahren lassen, wonach die Staatsdiener erster Classe eines besonderen öffentlichen Ansehens und Zutrauens vorzugsweise bedürfen und daher ihre Stellen unter Umständen verlieren müssen, wo das öffentliche Interesse ein Gleiches bei Staatsdienern zweiter Classe nicht gebietet, wie denn der § 11 der Dienstpragmatik hiervon nach dem Obigen ein Beispiel enthält.

Wenn nun aber aus jener Wahrnehmung weiter geschlossen wird, das beabsichtigte ersterwähnte Verhältniß zwischen Staatsdienern erster und zweiter Classe würde sich umkehren durch die Annahme, daß administrative Entlassung der Staatsdiener zweiter Classe gemäß § 12 nie anders, als nach vorhergegangenen Disciplinarstrafen zulässig sei, während doch nach § 7 Staatsdiener erster Classe wegen gewisser gemeiner Verbrechen (nämlich falls sie dafür zu Zuchthaus oder Arbeitshaus verurtheilt worden) ihr Amt ipso jure verlieren sollen; — so ist dieser Schluß ganz unrichtig, denn es ist oben sub VI. (zu § 7 der Dienstpragmatik Nr. 2. 3) gezeigt worden, daß diese letztere Bestimmung nur eine Ermäßigung des Schutzes gegen gerichtliche Absetzung enthält; welchen Schutz die Staatsdiener erster Classe ganz vor denjenigen zweiter Classe voraushaben. Mit anderen Worten: wenn auf der

einen Seite die Staatsdiener erster Classe nur wegen groben Amtsvergehen gerichtlich entsetzt werden dürfen, daneben aber durch Zuchthaus und Arbeitshaus, wofür sie immer dazu verurtheilt werden mögen, ipso jure ihr Amt verlieren, und wenn auf der anderen Seite die Staatsdiener zweiter Classe von wegen der Dienstpragmatik für jedes Vergehen überhaupt gerichtlich entsetzt werden können, so kann man hierin allerdings eine mehr gesicherte Stellung der Staatsdiener erster Classe und in dieser Beziehung einen Vorzug derselben vor denjenigen zweiter Classe erkennen, aber dieses Verhältniß kehrt sich doch sicherlich nicht um, wenn noch die weitere Doppelbestimmung hinzutritt, daß auf der einen Seite die Staatsdiener erster Classe auch noch für Disciplinarfehler, aber nur nach vorhergegangenen Disciplinarstrafen und nur gerichtlich, daß aber auf der anderen Seite die Staatsdiener zweiter Classe ebenfalls für Disciplinarfehler und zwar schon auf administrativem Wege, aber auch nur nach vorhergegangenen Disciplinarstrafen (dies also nach § 12 ganz so, wie bei jenen nach § 7) ihrer Aemter und Dienste verlustig werden können.

Noch unhaltbarer scheint der zweite der von dem judex a quo für seine Interpretation angeführten Gründe zu sein, nämlich, daß bei der stricten Festhaltung der Worte des § 12 ein Staatsdiener zweiter Classe, der ein Criminalverbrechen beginge, gar nicht entsetzt werden könnte, zumal Disciplinarstrafen in Fällen dieser Art schlechthin zwecklos und unanwendbar wären. Es hat den Anschein, als wenn bei dieser Aeußerung ganz vergessen worden wäre, daß die Dienstpragmatik der ordentlichen Entsetzung eines Staatsdieners zweiter Classe durch Urtheil und Recht für Verbrechen und Vergehen jeglicher Art nicht das mindeste Hinderniß in den Weg legt, wie denn überhaupt der ganze Inhalt des Gesetzes und besonders auch die seiner Erlassung vorhergegangenen Verhandlungen der gesetzgebenden Behörde (Bender l. c.) deutlich genug zeigen, daß dabei (mit einziger Ausnahme der ganz besonderen Bestimmung zu Gunsten der Staatsdiener erster Classe, wovon früher sub VI. und sonst die Rede war) nicht die Absicht waltete, in die bestehende Einrichtung der Criminaljustiz einzugreifen und die Beamten gegen gerichtliche Absetzung zu schützen,

sondern vielmehr die administrative Entlassung theils einzuschränken, theils bestimmten Regeln und Bedingungen zu unterwerfen, und dadurch, immerhin unter Wahrung der Interessen des öffentlichen Dienstes, den Staatsdienern eine würdige und angemessene rechtliche Stellung zu sichern.

Daß die gerichtliche Entsetzung der Staatsdiener zweiter Classe für Verbrechen und Vergehen durch die Dienstpragmatik nicht beschränkt werde, scheint sonst auch der **judex a quo** vorauszusetzen, wie sich namentlich aus den oben (sub III. in dem ersten dieser Gründe) angeführten Aeußerung, (daß die Staatsdiener erster Classe nur durch Urtheil und Recht, die der zweiten „a u ch im Administrativwege" entsetzt, resp. entlassen werden können) ergibt.

Daß aber die Staatsdiener zweiter Classe wegen Verbrechen oder Vergehen nur durch Urtheil und Recht entsetzt, dagegen von der Administrativbehörde nicht ohne Weiteres entlassen werden können, ist gar nicht ein so verwerflicher Gedanke, daß dadurch die einfache Interpretation des Gesetzes, die ihn voraussetzt, unwahrscheinlich oder bedenklich werden sollte. Allerdings, wenn nach den bestehenden Strafgesetzen die Strafart der Entsetzung bei gar vielen Verbrechen und Vergehen ausgeschlossen wäre, bei welchen das Interesse des öffentlichen Dienstes sie erfordern würde, oder wenn die Gerichte, während ihnen diese Strafart dargeboten wäre, gerade in solchen Fällen die Neigung hätten, an der Stelle dieser im öffentlichen Interesse zweckmäßigen Strafart eine andere zu wählen, so könnten dadurch sehr beklagenswerthe Uebelstände herbeigeführt werden. Allein das letztere ist bei den Gerichten des eigenen Staates, welchen das öffentliche Interesse doch nicht gleichgültig sein kann, nicht zu vermuthen und das erstere wäre ein Fehler, sei es der Dienstpragmatik, sei es der Strafgesetzgebung, welchem auf dem Wege der Interpretation der ersteren, wie sie jetzt zur Aufgabe gestellt ist, nicht abgeholfen werden könnte. So lange aber, bis ein solcher Fehler, was noch gar nicht der Fall ist, klar vorliegt, darf es als ein Vorzug dieser Dienstpragmatik gelten, daß sie den Staatsdiener, sofern derselbe nicht durch wiederholte Disciplinarfehler, also durch eigene Schuld, seine Stellung schon vorher verdorben hat, im Interesse der Gerechtigkeit, wenn auch mitunter

zum Nachtheil der Staatscasse, davor bewahrt, wegen eines Vergehens, wofür die Strafrichter die Strafe der Entsetzung zu hart oder sonst unpassend erachteten, nachher auf dem Wege administrativer Entlassung sein Amt oder seinen Dienst (damit gewöhnlich auch seinen Nahrungsstand) zu verlieren und dadurch in Gestalt einer zufälligen Zuthat, die bei Ausmessung der Strafe nicht in Anschlag gekommen, ein Uebel zu erleiden, welches von der Strafe nur in der Form, nicht in wesentlichem Effecte verschieden, an Intensität die ganze von dem Gerichte verhängte Strafsumme um das Vielfache übersteige, wofür gerade der vorliegende Fall als Beispiel dienen kann.

Der dritte Grund endlich, mit welchem der judex a quo seine Interpretation zu unterstützen suchte, daß nämlich sonst der Staatsdiener durch die Begehung gemeiner Verbrechen in eine bessere Lage käme, als durch Begehung von Disciplinarfehlern, hat seine Widerlegung von selbst zugleich mit dem zweiten gefunden.

Die nunmehr gerechtfertigte Interpretation der Dienstpragmatik, bei aller wesentlichen Verschiedenheit von derjenigen, welche der judex a quo aufgestellt hat, trifft mit dieser doch in dem Resultat zusammen, daß die geschehene Entlassung des Klägers in der Dienstpragmatik selbst ihre Legitimation nicht finden könne; sie weicht freilich darin wieder wesentlich ab, daß die von dem judex a quo versuchte Nachhülfe aus gemeinrechtlichen Sätzen gänzlich ausgeschlossen werden mußte.

Was sodann die sub 1 angeführten Artikel der Fallitenordnung betrifft, auf welche sich Beklagter behufs dieser Legitimation weiter bezogen hat, so ist vorerst von dem judex a quo genügend nachgewiesen *) worden, daß die in art. 10 angedrohte Unfähigkeit zu

*) In den gesetzlichen Vorschriften der Fallitenordnung werden mit klaren Worten zwei Fälle des imputablen Fallisements unterschieden: das frauduleuse und das durch Fahrlässigkeit, Leichtfertigkeit und gefährliche, d. h. gewagte Handlungen, für welche des Schuldners eigenes Vermögen nicht zureiche, herbeigeführte; und es wird die Infamie und die Unfähigkeit zu öffentlichen Aemtern angedroht, sowie eine zu erkennende Strafe, die nach dem Maße der Verschuldung bemessen werden soll. Zweifelhaft kann es aber erscheinen, in

Aemtern nebst weiterer Strafsanction nur für den Fall des art. 9 nämlich des fraudulösen Banquerottes, nicht aber für den Fall des vorhergehenden art. 8, d. h. des fahrlässigen Banquerottes gemeint sein könne.

VI.

Johann Heinrich Arnold zu Queckborn bei Gießen, Kläger u. Widerbeklagter

contra

die Erben des weiland Herrn Senators Dr. Johann Friedrich Schmid dahier, Beklagte u. Widerkläger.

Die Beklagten stellten der auf Zahlung einer früher von ihrem Erblasser verwalteten, später in eine Darlehnsschuld desselben verwandelten Summe von fl. — gerichteten Klage die Einrede der

---

welchem Umfang der Eintritt der Infamie mit ihren Wirkungen angedroht worden ist, ob nämlich die Strafsanction des art. 10 der Fallitenordnung nur auf den Fall des fraudulösen Concurses (art. 9) oder auch auf den des fahrlässigen Concurses (art. 8) zu beziehen sei. — — — Daß aber das erstere der Fall sei, ist deßhalb anzunehmen, weil

a. schon die Schlußworte des art. 9 der Fallitenordnung, mittelst welcher derselbe mit dem art. 10 in Verbindung gesetzt wird, die Beziehung des Letzteren nur auf den art. 9 und nicht auch auf den art. 8 rechtfertigen;

b. weil diese Auslegung auch dem gemeinen deutschen Rechte entspricht, nach welchem gleichfalls zum Eintritt der Infamie im Falle des Banquerotts, wenigstens in der Regel erheischt wird, daß derselbe ein betrügerischer Banquerott sei;

v. Grollmann Grundsätze § 324

Abegg Lehrbuch der Staatsrechtswissenschaften § 205. 418

c. und weil immer bei der zweifelhaften Auslegung der Strafgesetze die mildeste für denjenigen anzunehmen ist, der Strafe erleiden soll.

Feuerbach Lehrb. des peinl. Rechts § 75[a].

Zahlung entgegen, anticipirten den Beweis dieser Einrede und verbanden zugleich eine Widerklage auf Rückgabe des Schuldscheins.

Das Stadtgericht wies am 17. Januar 1844 den Kläger mit der erhobenen Klage unter Verurtheilung zum Kostenersatze ab, er wollte und könnte denn beweisen, daß dem in der Urkunde [6] act. enthaltenen Zugeständniß ungeachtet, von diesem unter Verwaltung des beklagtischen Erblassers gestandenen Vermögen der fragliche Rest von fl. — weder an ihn, noch an seinen Specialbevollmächtigten Carl Theodor Arnold ausgeliefert worden sei.

Auf beiderseitige Appellation und Antrag auf Actenversendung von Seiten der Beklagten erkannte das Spruchcollegium zu Gießen, daß vor allem Erkenntniß in der Hauptsache annoch die Beklagten den Beweis ihrer Zahlungseinrede besser, als bisher geschehen, jedoch mit Vorbehalt aller schon beigebrachten Beweismittel zu führen schuldig seien.

Dieses Urtheil wurde auf Oberappellation der Beklagten unter deren Verurtheilung zum Kostenersatze vom Oberappellationsgerichte am 27. Februar 1846 bestätigt.

16. Kann auf einen anticipirten Beweis nicht sofort definitiv erkannt werden, so muß ein Beweisverfahren eröffnet werden.

Es konnte dem Antrage der Beklagten nicht stattgegeben werden, sie mindestens für den Fall, daß der Kläger den ihm vom Stadtgerichte nachgelassenen Beweis nicht führen sollte, bereits jetzt zum Erfüllungseide zuzulassen. Denn diesem Antrage steht, abgesehen von der materiellen Dürftigkeit der bisher erwogenen Beweismittel, der entschiedene, auch vom Oberappellationsgerichte constant befolgte regelmäßige Grundsatz entgegen, daß, wenn ein anticipirter Beweis nicht so vollständig geführt ist, daß sofort definitiv erkannt werden kann, alsdann nicht auf einen, nur in subsidium eintretenden nothwendigen Eid zu erkennen, sondern erst ein ordentliches Beweisverfahren zu eröffnen ist,

Martin Lehrbuch § 160 nte. d.
Linde Lehrbuch § 246
Arch. für civ. Praxis Th. I. p. 52

eine Regel, welche im vorliegenden Falle um so mehr zur Anwendung zu bringen war, als die Beklagten nicht bloß sich zu besserem Beweise erboten, sondern, wenngleich unzulässiger Weise, in dieser Instanz wirklich neue Beweismittel beigebracht haben.

VII.

Jacob Theodor Welter zu Aachen, Charlier u. Trupel ebendaselbst und Johann Georg Seyler zu Breslau, Civiladhärenten

contra

Hirsch Elias Ullmann dahier, Beklagten

zur Untersuchungssache

des Fuhrmanns Friedrich Renzel aus Creuznach, Inculpaten.

Fuhrmann Renzel hatte in Breslau 47 Ballen Baumwolle in Fracht verladen. In der Umgegend von Frankfurt schickte Renzel seinen Fuhrknecht mit dem leeren Wagen nach Creuznach, während er selbst die fragliche Wolle nach Frankfurt schaffte, dort verkaufte und dann flüchtig wurde. Die Civiladhärenten beantragten gegen den Käufer von $^2/_3$ der Wolle, H. E. Ullmann, Herausgabe derselben und Verurtheilung desselben zum Schadensersatze und zur Zahlung der aufgewendeten Kosten. Das Oberappellationsgericht erkannte am 19. September 1843 den H. E. Ullmann für schuldig, den Civiladhärenten zwei Drittheile des Schadens zu erstatten, den dieselben durch den vom Fuhrmann Renzel vorgenommenen Verkauf der Wolle haben, mit der Liquidation welchen Schadens die Civiladhärenten an das Appellationsgericht verwiesen werden.

Auf eingereichte Schadens- und Kostenberechnung der Civiladhärenten erkannte das Appellationsgericht am 24. Mai 1844:

I. Beklagter ist schuldig fl. — — zu zahlen (Posten a. g. h.)

II. Adhärenten haben — zu erweisen:

1. daß die Reisekosten des Hugo Welter Thlr. — — betragen haben (Posten b.);

2. der Minderwerth von 2 Ballen Thlr. — betragen habe (Posten c.);

3. daß ein Gewichtsmanco durch die Schuld des Adhäsen entstanden und der Schaden daraus Thlr. — betragen habe (Posten d.);

4. daß die Unkosten für Correspondenz Thlr. — betragen haben (Posten e.);

5. daß ihnen durch die Schuld des Adhäsen ein Nachtheil beim Verkauf der Wolle von Thlr. — — erwachsen sei (Posten f.).

III. Was sodann die bei den Posten a. b. c. d. h. weiter geforderten Zinsen betreffen, so soll nach erbrachten Beweisen, resp. Gegenbeweisen, — indem alsdann erst die Frage, welche Zinsen und von welchem Tage an gefordert werden können, beurtheilt werden kann — auch darüber Erkenntniß erfolgen.

IV. Was die gerichtlichen Kosten betrifft ꝛc.

Auf Oberappellation des Beklagten erkannte unter Compensation eines Viertels der Kosten und Verurtheilung des Beklagten in die übrigen drei Viertel das Oberappellationsgericht am 28. Februar 1846 bestätigend, nur daß

1. die Mitkläger Charlier u. Trupel als Vertreter von Rahlenbeck u. Comp. zu Brüssel annoch — — unter dem Präjudiz der sonst in Beziehung auf sie zu erkennenden Entbindung des Beklagten von der Instanz, eine, zugleich die Genehmigung der bisherigen Vertretung enthaltende Vollmacht von Rahlenbeck u. Comp. beizubringen haben, und

2. daß der Posten unter I. um Thlr. 5 (wegen nicht bestimmter Angabe, daß außer Provision und Spesen die Wolle noch 2½ % Kosten mache) herabzusetzen sei.

17. Legitimation zum Processe. Rechtskraft in Bezug auf einen Dritten, der zwar der zunächst Betheiligte ist, wissentlich aber die Proceßführung einem entfernten Interessenten überlassen hat.

Der Beklagte hat den Mitklägern Charlier u. Trupel — die Einrede der fehlenden Legitimation zur Sache entgegengesetzt, weil nach ihrer nunmehrigen Erklärung in der Liquidation die an sie addressirten 8 Ballen Wolle nicht für sie selbst, sondern für Rahlenbeck u. Comp. bestimmt gewesen seien. Dieser Punct kann jedoch von dem Beklagten nicht als eine Einrede der fehlenden Legitimation zur Sache, sondern nur der fehlenden Legitimation zum Processe geltend gemacht werden. Denn da Charlier bereits am 28. December 1840 in der zu Simmern gegen den Fuhrmann Nenzel eingeleiteten Untersuchung angegeben hat, — — so kann das Verhältniß von Charlier u. Trupel als Civiladhärenten nicht anders betrachtet werden, als daß sie von Anfang an nicht im eigenen Namen, sondern nur als Vertreter von Rahlenbeck u. Comp. aufgetreten sind. Sieht man nun die Einrede aus diesem Gesichtspuncte an, so dürfte sich freilich die Sache muthmaßlich schon durch die Vorschrift der

L. 63 D. de re judic. (42, 1)

erledigen, indem Rahlenbeck u. Comp. gewiß durch ihre Geschäftsfreunde und Spediteure Charlier u. Trupel Kenntniß von dem jetzigen Processe erhalten haben und also nach jener Vorschrift an das gegen die Letzteren Erkannte gebunden sind; indessen erschien es doch, da der Beklagte nunmehr jene Einrede vorgebracht hat, der processualischen Ordnung, namentlich in Rücksicht auf etwaige künftige Eidesleistungen, angemessen, in Folge hiervon den Mitklägern Charlier u. Trupel die Beibringung einer gehörigen Vollmacht aufzugeben. In der frühern, hier verhandelten Appellationsinstanz war zu einer solchen Auflage keine Veranlassung, weil damals der Beklagte jenen Mangel gar nicht gerügt hatte, obgleich ihm der Umstand, daß die an Charlier u. Trupel addressirte Wolle für Rahlenbeck u. Comp. bestimmt war, nothwendig bekannt sein mußte.

18. Berichtigung eines error advocati.

Der Posten unter a. besteht in den Zinsen von dem Einkaufspreise der Wolle für die Zeit, während welcher die Civiladhärenten den Besitz der Wolle in Folge des Verkaufs derselben durch Nenzel entbehrt hätten, nämlich für 356 Tage vom 17. November 1840 bis 8. November 1841. Diese Art der Aufstellung des Postens ist jedoch offenbar irrig, da die Civiladhärenten nicht den Besitz des Kaufpreises, sondern der Wolle entbehrt haben, und nur den hierdurch ihnen zugefügten Schaden fordern können; vielmehr ist der fragliche Posten nach dem wirklichen Sach- und Rechtsverhältnisse so aufzufassen, daß derselbe in den Zinsen von dem Verkaufspreise besteht, zu welchem die Civiladhärenten bei gehöriger Lieferung der Wolle durch Nenzel im Stande gewesen wären, dieselbe zu verkaufen. Dieser richtige Gesichtspunct ist nun, da jene Aufstellung nur als ein error advocati betrachtet werden kann, vom Richter zum Grunde zu legen.

19. Der zum Schadensersatze verurtheilte malae fidei possessor muß die Reisekosten erstatten, die der Eigenthümer aufgewendet hat, um gegen den Dieb an einem dritten Orte ein Officialverfahren einleiten zu lassen.

Der Beklagte verlangt bei dem Posten unter b., welcher aus den Reisekosten des Hugo Welter besteht, in der jetzigen Instanz die Verwerfung desselben aus dem Grunde, weil diese Reise unnöthig gewesen sei. Dies ist aber unrichtig. Denn hier ist nicht die Rede von einer fortgesetzten Controle und Einwirkung des Hugo Welter nach eröffnetem Officialverfahren, sondern nur von präparatorischen Schritten, um gerade erst ein solches Officialverfahren an einem gewissen Orte zu veranlassen; und daß zu diesem Ende Welter u. Charlier u. Trupel den Hugo Welter haben eine Reise machen lassen, rechtfertigt sich vollkommen durch die damalige Lage der Sache. Freilich ist es möglich, daß auch eine bloße Anzeige der genannten Personen bei dem Gerichte zu Aachen und eine darauf von diesem erlassene Requisition an die Behörde zu Creuznach zu dem jetzt erlangten Resultate geführt hätte, da, wie sich nachher ergeben hat, weder der Knecht des Nenzel in Creuznach, noch ꝛc. irgend mit Nenzel im Einverständnisse waren, son-

dern, sobald sie nur gefragt wurden, sogleich Alles offen angegeben haben, und auch die Wolle sich noch mit unveränderter Emballage in Frankfurt befand, mithin deren Identität durch die Uebersendung der Frachtbriefe, die Welter u. Charlier u. Trupel in Händen hatten, constatirt werden konnte. Allein dies Alles konnten die gedachten Personen unmöglich vorher wissen, da nach Inhalt der Untersuchungsacten damals in Aachen nichts weiter bekannt war, als daß dort die Wolle nicht angekommen und der leere Wagen durch Menzel nach Creuznach zurückgeschickt sei. Es war also durchaus angemessen, zumal da Eile Noth that, um wo möglich die Wolle noch fest zu halten, daß sie einen geeigneten Mann absandten, um an Ort und Stelle der Sache nachzuforschen und dieselbe zu betreiben; dies genügt aber, um den Beklagten, der sie durch sein Verschulden zu diesem Schritte veranlaßt hat, zur Erstattung der dadurch verursachten Ausgaben zu verpflichten.

20. Reisekosten. Mangelnde Specification im Liquidationsverfahren.

Der von den Beklagten weiter angeführte Grund, daß es in Betreff der Reisekosten an einer Specification fehle, ist ebenso unerheblich; denn einer solchen bedurfte es im Liquidationsverfahren nicht, da es sich von selbst versteht, in welchen Arten von Ausgaben die Kosten einer Reise bestehen und der Beklagte über die speciellen Ansätze doch nichts weiter hätte verhandeln können, sondern es gehört dies in das weitere vom Appellationsgerichte angeordnete Beweisverfahren.

21. Schadensersatz. Casueller Schaden.

Bei dem Posten unter c., Werthverminderung von zwei Ballen Wolle durch den Verderb, welcher daran während der Zeit, wo die Wolle zu Frankfurt in dem vom peinlichen Verhöramte ausgewählten Locale lagerte, durch Feuchtigkeit entstanden sei, trägt der Beklagte aus dem Grunde auf dessen Verwerfung an, weil dieser Verderb in Beziehung auf den Beklagten ein casus sei. Hier steht ihm aber schon res judicata entgegen. Denn er ist durch das Erkenntniß des Oberappellationsgerichts vom 19. September 1843 unbedingt verurtheilt, den Civiladhärenten $^2/_3$ des Schadens

zu erstatten, den dieselben „durch den vom Fuhrmann Renzel vorgenommenen Verkauf der Wolle erlitten haben," und hierzu gehört der Schaden durch jenen Verderb, da die Wolle nur in Folge davon in das gedachte Local gekommen ist und dort 10 Monate hat lagern müssen, daß Renzel dieselbe verkauft und wegen dieses Verkaufs eine Untersuchung bei dem peinlichen Verhöramte in Frankfurt stattgefunden hat. Auch war es bei dieser Entscheidung die specielle Absicht des Oberappellationsgerichts, gerade den obigen Einwand des Beklagten mitzuverwerfen, da er denselben schon damals vorgebracht hatte und in den Entscheidungsgründen in Beziehung hierauf gesagt ist, es liege zwar keine culpose Beschädigung der Wolle von seiner Seite vor, weil er aber nach L. 5 C. de rei vind. (3, 32) omnem causam damni dati zu erstatten habe, so sei er aus diesem Fundamente, wie geschehen, zu verurtheilen, was denn auch den allgemeinen Grundsätzen vom Schadensersatze völlig entsprach.

§ 2 J. quib. mod. re contr. obl. (3, 14)
L. 20 § 3 D. ad Leg. Aquil. (9, 2)
L. 5 § 7 L. 18 pr. D. commod. (13, 6)
L. 10 § 1 D. de lege Rhodia (14, 2)
L. 11 § 1, 4 L. 13 § 3 D. loc. (19, 2)

22. Schadensersatz. Entgangener Gewinn in Gegenrechnung mit ersparten impensae necessariae.

Der Posten unter f. besteht in dem größeren Gewinne, welchen die Civiladhärenten, — außer der schon in Nr. 18 vorgekommenen Realisirung des in der Waare steckenden Einkaufscapitals — durch den Verkauf der Wolle bei zeitiger Lieferung hätten machen können. Der Beklagte verlangt die Verwerfung dieses Postens nur aus dem Grunde, weil sich der behauptete Verlust jedenfalls dadurch ausgleichen würde, daß die Civiladhärenten jetzt die Fracht für die Wolle von Breslau bis Frankfurt nicht zu bezahlen gebraucht hätten. Allein um diesen Umstand geltend zu machen, müßte der Beklagte wegen der Berichtigung jener Fracht eine Gegenforderung an die Civiladhärenten haben, womit er compensiren könnte, und eine solche steht ihm überall nicht zu. Denn er für seine Person

hat die Fracht nicht bezahlt. — — — Ebensowenig steht auch dem Beklagten eine derartige Forderung aus der Person des Menzel, als seines Auctors zu, was an sich der Fall sein könnte,

L. 14 § 1 D. commun. div. (10, 3)

denn Menzel selbst hat gleichfalls keine Forderung weder aus dem Frachtcontracte, da die Fracht nach den Frachtbriefen längst verwirkt ist, noch wegen des ihm von dem Kaufpreise gemachten Abzugs der Fracht, weil ein Dieb selbst wegen impensae necessariae keinen Anspruch hat.

L. 1 C. de infant. exposit. (8, 52)

23. Uebergehen geforderter Zinsen im Urtheile involvirt nur dann eine stillschweigende Aberkennung, wenn dasselbe ein Definitiverkenntniß ist. Richterliche Befugniß, die Entscheidung über gewisse Streitpuncte bis zum Endurtheile auszusetzen.

Der Beklagte hat ferner eine allgemeine Beschwerde darüber aufgestellt, daß eine Entscheidung über die Pflicht zur Zinsenzahlung vorerst ausgesetzt und nicht vielmehr ein rejectorisches Erkenntniß rücksichtlich dieses Punctes erlassen worden sei. Diese Aussetzung ist zwar im vorigen Urtheile ausdrücklich nur bei den Posten unter a. c. c. d. u. h. geschehen, es ist aber über jenen Punct künftig auch noch bei dem Posten unter e. u. f., sowie bei dem Posten bezahlter Gerichtsgebühren zu erkennen, da die Civiladhärenten hiervon ebenfalls Zinsen gefordert haben und das Uebergehen dieses Punctes im vorigen Urtheile nicht die Wirkung einer stillschweigenden Aberkennung hat, weil dasselbe kein Definitiverkenntniß ist.

L. 13 C. de usuris (4, 32)

Diese Beschwerde ist ungegründet; denn inwiefern die Entscheidung über gewisse Streitpuncte bis zum Endurtheile auszusetzen sei, hängt vom richterlichen Ermessen ab; und in dem vorliegenden Falle kann — — — diese Aussetzung hinsichtlich der Frage von den Verzugszinsen — — nicht als unangemessen und unzweckmäßig betrachtet werden.

24. Kostenersatz.

Die Kosten dieser Instanz waren, da das vorige Urtheil in den meisten Puncten bestätigt und nur in wenigen abgeändert worden

ist, übrigens aber auch bei dem Posten unter a. (Nr. 18) die Civiladhärenten durch ihre unrichtige Aufstellung desselben unnöthige Verhandlungen veranlaßt haben, in dem Verhältnisse, wie im jetzigen Erkenntnisse geschehen, dem Beklagten zur Last zu legen und zu compensiren.

VIII.

Gebrüder Jay dahier, Kläger

contra

J. N. Berger u. J. Rigaud als Inhaber der Handlung H. D. Dreßler dahier, Beklagte.

Die Kläger hatten unter Anderem zu beweisen, „daß der fragliche Waarenballen bei dessen Ablieferung durch die Beklagten an die Kläger ein Mindergewicht bis zu 27 Pfund im Verhältnisse zu dem im Frachtbriefe angegebenen Gewichte gehabt." Die Ablieferung des Waarenballens geschah am 1. September 1842 und die Beklagten gaben in den Beweisverhandlungen selbst zu, daß sie den Ballen erst am 2. September 1842 gewogen hatten. Die Kläger führten durch diesen Umstand einen Vermuthungsbeweis, daß auch schon am 1. September das Gewichtsmanco Platz gegriffen habe.

Die Beklagten hatten den Gegenbeweis zu führen, daß sie den fraglichen Waarenballen von Dieffenbach so erhalten haben, wie sie denselben abgeliefert.

Auf geführten Zeugenbeweis erkannte das Stadtgericht am 27. Juli 1844 den Beweis der Kläger für erbracht, den Gegenbeweis der Beklagten für verfehlt, während auf Appellation der Beklagten das Appellationsgericht am 21. October 1844 den Klägern noch einen Erfüllungseid auferlegte. Auf Oberappellation der Beklagten erkannte unter Vergleichung der Kosten zweiter und dritter Instanz das Oberappellationsgericht am 24. März 1846, daß der der Klägerin auferlegte Beweis bis auf die even-

tuelle Eidesdelation über die Negative des Beweissatzes für gänzlich verfehlt zu achten sei und daher die Beklagten sich nunmehr über diese Eidesdelation zu erklären haben; — anlangend dagegen den den Beklagten vorbehaltenen Beweis, welcher bis auf die eventuelle Eidesdelation für verfehlt erkannt wird, und daher die Kläger schuldig seien, über diesen dahin formulirten Eid, „daß sie nach sorgfältiger Erkundigung nicht wissen, daß die Beklagten den fraglichen Waarenballen bei der Abholung desselben durch ihre Leute von dem Bahnhofe zu Frankfurt so erhalten haben, wie sie solchen an die Kläger abgeliefert," zu erklären.

25. Veränderungen werden nicht vermuthet.
(Vergl. Bd. II. Nr. 108.)

Es kommt nur noch auf den Beweis an, daß das am 2. September 1842 vorgefundene Mindergewicht des Ballens bereits schon am 1. September bei der Ablieferung des Ballens an die Kläger vorhanden gewesen sei. Dieser letztere Beweis muß allerdings von den Klägern geführt werden, sowohl nach den klaren Worten des Beweissatzes, als nach der Natur der Sache, da in keinem Falle ein Spediteur für dasjenige zu haften braucht, was sich mit der Waare erst nach deren Ablieferung ereignet hat, und die hiergegen vorgebrachten Gründe sind ganz unerheblich. Sie bestehen nämlich darin:

1. die Beklagten hätten die Identität des am 1. September abgelieferten und des am 2. September untersuchten Ballens nicht bestritten;

2. sie hätten nicht behauptet, daß in dieser Zwischenzeit mit demselben eine Veränderung vorgegangen sei;

3. der fragliche Umstand sei zu präsumiren, weil sonst ein in jener Zwischenzeit an dem Ballen begangener Diebstahl unterstellt werden müßte, was die Vermuthung gegen sich habe und wofür specielle Gründe nicht vorhanden seien; endlich

4. die Beklagten hätten die Kläger dolose an der Führung eines Beweises über das Gewicht des Ballens zur Zeit der Ablieferung verhindert, indem sie den Frachtbrief, worin das Gewicht angegeben sei, erst nach der Ablieferung des Ballens präsentirt

hätten, weßhalb zu jener Zeit der Letztere nicht habe gewogen und das Gewicht nicht habe verglichen werden können. Nun aber gehört das unter 1 Angeführte gar nicht zur Sache, da hier nicht von der Identität des Ballens, sondern davon die Rede ist, ob in der Zwischenzeit ein Stück Tuch aus demselben herausgenommen worden sei.

Der fernere Einwand unter 2 ist nach der processualischen Lage der Sache unpassend, da die Beklagten, eben weil den Klägern der Beweis ihres Klaggrundes rechtskräftig dahin auferlegt ist, daß der Ballen das fragliche Gewichtmanco zur Zeit der Ablieferung gehabt habe, ihrerseits in dieser Hinsicht nichts weiter zu behaupten brauchten, wie sie dies denn auch nicht konnten, da ihnen über das, was vom 1. auf den 2. September in dem Locale der Kläger vorgegangen ist, nicht wohl etwas bekannt sein kann.

Anlangend sodann das Argument unter 3, so wird der Umstand, daß überhaupt ein Diebstahl an dem Ballen begangen worden sei, von den Klägern selbst behauptet und ist durch die Acten constatirt, braucht also nicht erst präsumirt zu werden; es fragt sich vielmehr nur, wann und wo derselbe stattgefunden habe. In dieser letzteren Hinsicht nun aber ist freilich eine Präsumtion dafür, daß die Entwendung bei den Klägern geschehen sei, nicht vorhanden, allein ebensowenig auch eine Präsumtion dafür, daß sie nicht bei den Klägern, sondern früher und anderswo geschehen wäre, was denn eben dahin führen muß, daß es bei der Beweislast der Kläger sein Bewenden behält.

Das Vorbringen unter 4 endlich ist in jeder Beziehung frivol. Denn theils läuft dies auf einen Einwand gegen die Fassung des Beweises hinaus, welche rechtskräftig feststeht, theils waren die Kläger durch jenen Umstand gar nicht verhindert, den Ballen sofort bei der Ablieferung wiegen und sodann nach der Präsentation des Frachtbriefes, welche nach ihrer eignen Angabe gleich nachher erfolgt ist, auch das Gewicht vergleichen zu lassen, theils läßt sich in dem fraglichen Verfahren der Beklagten durchaus kein dolus finden, da es ganz in der Ordnung war, daß der Ballen und der Frachtbrief von zwei verschiedenen Personen abgeliefert wurden, jener

von dem Schiebkärcher, dieser von einem Comptoiristen zum Behufe der Eincassirung der Fracht.

26. Art. 34. der provisorischen Proceßordnung geht nicht auf die im Deductionsverfahren angeführten Zeugenaussagen.

Wenn die Kläger behaupten, die Beklagten müßten des fraglichen Umstandes für geständig angenommen werden, weil sie im Deductionsverfahren denselben nicht geleugnet hätten, so ist dies ganz unpassend, denn der art. 34 der provisorischen Proceßordnung geht nur auf die eignen factischen Behauptungen des Gegners, nicht aber auf die von dem Letzteren im Deductionsverfahren angeführten Zeugenaussagen.

27. Der Ablauf der peremtorischen Beweisfrist hindert nicht, in höherer Instanz mittelst des beneficium novorum neue Beweismittel vorzubringen.

Die Einwendungen der Beklagten gegen die formelle Zulässigkeit der nachträglichen Beibringung des Waagescheines in zweiter Instanz sind nach den Bestimmungen des Frankfurter Rechts über das beneficium novorum,

Provocations-Ordnung von 1788 § 10,

dessen Gebrauche auch der Ablauf einer in erster Instanz festgesetzten peremtorischen Beweisfrist nicht entgegensteht, ungegründet.

Vergl. auch Ref. I. tit. 31 § 2 u. 4.

28. Formulirung des Schiedseides.

Der Einwand der Kläger, daß derjenige Eid, welchen ihnen die Beklagten in deren Beweisantretung deferirt hätten, nämlich „daß der Ballen durch die Beklagten verletzt und das fehlende Stück von ihnen herausgenommen worden," unangemessen sei, ist freilich an sich richtig, theils weil, wenn man auch die nachherige Declaration der Beklagten hinzunimmt, daß sie hierunter die Handlungen ihrer Leute habe mitverstehen wollen, doch immer noch der Mangel bleibt, daß in jener Formel der Fall einer durch die Nachlässigkeit oder Unachtsamkeit der Leute der Beklagten veranlaßten Entwendung durch einen Dritten fehlt, theils weil die

Kläger über ein ihnen fremdes und an sich unbekanntes Factum nicht de veritate zu schwören brauchen. Allein dies ist kein Grund, die ganze Beweisantretung durch Eidesdelation zu verwerfen, sondern führt nur dahin, daß nun der Richter von Amtswegen den Eid anders und gehörig zu formuliren hat; denn — — — es ist als die Absicht des Beklagten anzusehen, daß er sich überhaupt zur Führung des ihm obliegenden Beweises der Eidesdelation habe bedienen und den dort deferirten Eid nur als eine Formel habe vorschlagen wollen.

IX.

Johanna Maria Gertrude, geb. Wunderlich, früher verehelicht gewesene Pfefferkorn, jetzt geschiedenen Kahl dahier, Klägerin

contra

Ludwig Carl Kahl dahier, Beklagten.

Nachdem die Ehe der beiden Partheien rechtskräftig geschieden war, trat Klägerin mit einer Klage auf Restitution ihres Eingebrachten, jedoch zunächst mit Beschränkung auf Räumung, resp. Restitution der Immobilien, eines Hauses und eines Gartens, auf. Durch Stadtgerichts-Erkenntniß vom 26. März 1845 wurde der Beklagte, Einwendens ungeachtet, für schuldig erkannt, die beiden Immobilien innerhalb 14 Tagen zu räumen und der Klägerin unter Erstattung der Proceßkosten zu restituiren. Da Beklagter gegen dieses Urtheil Appellation einwandte, behauptete Klägerin, indem sie zugleich eventuell appellirte, die klägerische Appellation sei deßwegen unstatthaft, eventuell ohne Suspensiveffect, weil es sich hier um Vollstreckung eines rechtskräftigen Scheidungsurtheils und einen vollkommen liquiden und unbestrittenen Eigenthumsanspruch handele. Auf Antrag des Beklagten auf Actenversendung verwarf das Spruchcollegium zu Berlin

am 6. October 1845 die beiderseitigen Beschwerden. Auf Oberappellation beider Partheien erkannte unter Kostencompensation das Oberappellationsgericht am 24. März 1846 bestätigend.

29. Gleichartige, auf demselben Fundamente beruhende Ansprüche müssen, insofern nicht besondere Gründe für deren Trennung Platz greifen, auf einmal eingeklagt werden. Verfolgung liquider Ansprüche getrennt von, auf demselben Fundamente ruhenden illiquiden Forderungen.

Der Beklagte macht folgende zwei Gründe geltend, warum die Klägerin mit ihrem Antrage auf sofortige Restitution abgewiesen werden müsse:

1. Die Klägerin könne nicht die vereinzelte Restitution ihrer Grundstücke begehren, sondern nur auf Auseinandersetzung wegen aller ihrer Illaten zugleich antragen.

2. Jedenfalls könne sie die Restitution der Grundstücke nicht eher verlangen, als bis darüber entschieden sei, wem von ihnen die Samenhandlung „Carl Ludwig Kahl" gehöre.

Es läßt sich

ad 1. dieser Einwand freilich durch Berufung auf den Grundsatz: „minus intendere licet" nicht beseitigen, indem es vielmehr als Regel anzuerkennen ist, daß gleichartige, auf demselben Fundamente beruhende Ansprüche, insofern nicht besondere Gründe für die Trennung vorhanden sind, auf einmal eingeklagt werden müssen.

L. 7 § 5 D. de injuriis (47, 10)

Allein ein solcher, die Trennung rechtfertigender Grund liegt im gegenwärtigen Falle allerdings darin, daß der Anspruch der Klägerin auf ihre Immobilien an sich völlig liquide, dagegen die Rechte der Partheien in Beziehung auf die Samenhandlung höchst streitig sind und noch langwierige Verhandlungen voraussehen lassen, nun aber der Klägerin nicht wohl zuzumuthen steht, mit jenem ganz liquiden Anspruche bis zu deren Erledigung zu warten.

L. 78 pr. D. de legat. II.

— — — Da jedoch eine Verfolgung einzelner liquiden Ansprüche, getrennt von anderen, auf demselben Fundamente ruhenden illiquiden, allerdings voraussetzt, daß beide nicht in einem unzertrennlichen Zusammenhange stehen, so fragt es sich nur noch

ad 2. ob ein solcher Zusammenhang zwischen den jetzt streitigen Grundstücken und der Samenhandlung wirklich stattfinde. Allein dies ist keineswegs der Fall.

Es ist nämlich völlig klar, daß, wenn die Handlung Eigenthum der Klägerin ist, es lediglich von ihr abhängt, in welchem Locale dieselbe betrieben und ob der Garten noch länger für dieselbe benutzt werden soll; und daß, wenn die Handlung dem Beklagten gehört, er ebenfalls kein Recht hat, die Grundstücke der Klägerin zum Zwecke seiner Handlung zu benutzen. Wenn nun aber der Beklagte in keinem dieser Fälle berechtigt ist, der Klägerin die Restitution ihrer Grundstücke zu verweigern, so kann auch die Ungewißheit darüber, welcher dieser Fälle vorhanden sei, darin nichts ändern. Denn mit Unrecht beruft sich der Beklagte

a. für den ersten Fall, daß nämlich die Handlung Eigenthum der Klägerin sein sollte, auf die Ehepacten, als in welchen ihm als Geschäftsführer der Handlung Haus und Garten zum Zwecke derselben mitübergeben seien, da, nachdem er bei Trennung der Ehe rechtskräftig für den schuldigen Theil und den gesetzlichen Privationsstrafen unterliegend erklärt worden ist, er aus den Ehepacten kein Recht mehr geltend machen kann, und wenn er jetzt noch die Handlung fortführt, dieß lediglich deßhalb geschieht, weil er seinerseits dieselbe als sein Eigenthum in Anspruch nimmt und ihm daher vor Entscheidung darüber nicht füglich deren Führung entzogen werden kann. Hierdurch erledigt sich zugleich

b. der fernere Einwand, daß, wenn die Klägerin die Handlung als ihr Eigenthum in Anspruch nehme, sie nicht verlangen könne, daß der Beklagte für seine Kosten ein Local miethe, um sie darin für ihre Rechnung zu treiben, daß es wenigstens ihr obliege, ihm ein anderes Local anzuweisen, da er keine Verpflichtung habe, für die Unterbringung ihrer Sachen zu sorgen. Denn nicht die Klägerin ist es, welche die Fortführung der Handlung von ihm begehrt, vielmehr steht es ihm völlig frei, sie aufzugeben. Führt er sie aber fort, weil er sie als die seinige in Anspruch nimmt, so muß er sich auch demjenigen unterwerfen, was die anderweiten unbestrittenen Rechte der Klägerin mit sich bringen.

Nun läßt sich freilich nicht verkennen, daß die Nothwendigkeit,

worin sich der Beklagte befindet, sich, während die Frage von dem Rechte an der Handlung noch im Ungewissen schwebt, zu entscheiden, ob er letztere in ein anderes Local verlegen oder aber deren Führung aufgeben will, eine unangenehme für ihn ist. Allein das Gleiche ist mehr oder minder bei jedem Beklagten der Fall, welcher in einem Processe von zweifelhaftem Ausgange verwickelt ist, und kann als juristischer Grund nicht in Betracht kommen, um dem Beklagten zu gestatten, der Klägerin dasjenige länger vorzuenthalten, zu dessen Restitution er, wie bemerkt, in jedem Falle verpflichtet ist und sich dergestalt von einer Verlegenheit, deren erste Veranlassung überdies darin liegt, daß er der schuldige Theil ist, auf ihre Kosten zu befreien.

30. Rechtskraft. Interpretation derselben aus den Entscheidungsgründen zu einem anderen Urtheil. Gerichtliche Anerkennung des Klaggrundes. Suspensiveffect.

War nun aus den in den vorigen Nummern vorgetragenen Gründen die Appellation des Beklagten als materiell unbegründet zurückzuweisen, so bedurfte die Appellation der Klägerin, deren Gegenstand nur darin besteht, daß dem Rechtsmittel des Beklagten überall vom Stadtgerichte deferirt und demselben nicht wenigstens der Suspensiv-Effect versagt worden sei, eigentlich keiner Entscheidung. Indessen liegt die Grundlosigkeit dieser Berufung auf flacher Hand. Das Erkenntniß des Stadtgerichts vom 20. März 1845 ist nämlich eine förmliche, nach stattgehabtem ordentlichen Verfahren unter den Partheien ergangene definitive Sentenz, gegen welche Appellation und zwar mit voller Wirkung statthaft ist. Wenn nun die Klägerin

1. gegen die Zulässigkeit der Appellation des Beklagten überhaupt einwendet,

a. der Beklagte sei durch das Scheidungsurtheil nach der Interpretation, welche das Oberappellationsgericht demselben in den Entscheidungsgründen zu dessen Erkenntnisse vom 23. September 1844 gegeben habe, bereits rechtskräftig zur Restitution der Illaten der Klägerin verurtheilt, seine Appellation erstoße mithin contra rem judicatam;

b. der Beklagte räume das Eigenthum der Klägerin an den zu restituirenden Grundstücken unbedingt ein und schütze lediglich ganz illiquide Einreden vor; ein gerichtliches Geständniß stehe aber auch nach Frankfurter Rechte der res judicata gleich, es schließe, wie diese, die Appellation aus; so sind beide Gründe in gleichem Maße frivol. Denn

ad a. durch das vom Oberappellationsgerichte bestätigte Urtheil des Stadtgerichts vom 17. December 1841 ist lediglich erkannt, daß die Ehe zu trennen, Beklagter der schuldige Theil sei und als solcher den gesetzlichen Privationsstrafen unterliege. Hinsichtlich dieser ihn treffenden Vermögensnachtheile dagegen ist nichts weiter erkannt, sondern es sind der Klägerin in dieser Beziehung nur Anträge vorbehalten, die sie jetzt angebracht hat und die gewisser Maßen als eine neue Klage aus jener allgemeinen obligatio judicati zu betrachten sind. Wenn nun auch in den angeführten Entscheidungsgründen des Oberappellationsgerichtes gesagt ist, aus jenem Scheidungsurtheile folge, daß Klägerin die ihr vorbehaltenen Anträge sofort auf Restitution des Hauses und Gartens richten könne, sowie daß für den Fall, daß die Handlung Eigenthum der Klägerin sei, dem Beklagten kein Recht auf Führung derselben weiter zustehe, so ist es doch völlig unzulässig, solchen Aeußerungen in Entscheidungsgründen, zumal zu einem ganz anderen Urtheile, eine wirkliche Verurtheilung in diese Restitutionen gleichstellen zu wollen. Daß aber

ad b. die, wenn auch gerichtliche Anerkennung des bloßen Klaggrundes dem Beklagten nicht das Recht der Vorschützung von Einreden, wenn auch illiquider, und ebensowenig das Recht der Appellation gegen deren Verwerfung entzieht, bedarf keiner Ausführung.

2. Wenn ferner die Klägerin die Statthaftigkeit wenigstens des Suspensiv-Effectes unter anderem deßhalb bestreitet, weil eine Appellation

a. gegen die verfügte Vollstreckung des rechtskräftigen Scheidungsurtheils, und

b. gegen die erkannte Einräumung eines widerrechtlich entzogenen Besitzes vorliege, so findet

ad *a.* der erste Grund schon in sub 1. a. Ausgeführten seine Erledigung; und bedarf es

ad *b.* hinsichtlich des zweiten nur der Bemerkung, daß die zur Unterstützung desselben lediglich in Bezug genommene Behauptung in

Adlerflycht Proc. § 170

jedes rechtlichen Fundaments gänzlich ermangelt und vermuthlich nur auf einem Mißverständnisse beruht.

X.

Catharina Maria H. aus Stockheim, Klägerin

contra

Johann Joseph E. dahier, Beklagten.

Das Oberappellationsgericht ertheilte am 30. März 1846 dem Beklagten Restitution gegen ein am 31. December 1845 erlassenes Desertionserkenntniß.

XI.

Neuchateller Compagnie für den Verkauf des Asphalts aus dem Val de Travers, Klägerin und Widerbeklagte

contra

Finger-Schuler dahier, Beklagten u. Widerkläger.

Klägerin klagt eine Contocorrentforderung von fl. — gegen den Beklagten ein. Dieser gibt zwar die Forderung zu, erhebt aber Widerklage auf Schadensersatz, wegen der Klägerin angeblich zur Last fallender unbefugter Aufhebung des zwischen ihr und dem

Beklagten hinsichtlich der Lieferung und resp. Verarbeitung von aus den Minen der klagenden Gesellschaft gewonnenen Asphalt bestandenen Vertrags. Widerbeklagte gibt zu, daß ihr Agent zwar durch einen Brief vom 4. October 1841 den zwischen ihr und dem Widerkläger bestandenen Vertrag in Folge eines Schreibens des letzteren als aufgehoben betrachtet habe, aber bereits am 13. October 1841 die übereilte Aufkündigung zurückgenommen habe.

Das Stadtgericht erkannte am 13. Januar 1843:

II. Es ist Beklagter schuldig, der Klägerin den Betrag von fl. — sammt Zinsen zu bezahlen und soll dem Beklagten zur Zahlung des fraglichen Capital- und Zinsenbetrages Termin vorberaumt werden, sobald Klägerin unter Leistung einer **cautio de eventualiter restituendo** durch Bürgen oder Pfand deßfallsige Anträge gestellt haben wird.

III. Dem Beklagten wird nachgelassen — zu beweisen,

1. daß und welchen Schaden er durch den in dem Zeitraum zwischen dem Empfang des Briefes vom 4. October 1841 und dem des Briefes vom 13. ej. entbehrten Bezug des ihm von der Klägerin zu liefern gewesenen Materials für Asphalt-Arbeiten erlitten habe ꝛc.

Auf beiderseitige Appellation und Antrag des Beklagten auf Actenversendung erkannte das Spruchcollegium zu Gießen am 2. August 1843, daß dem Beklagten weiter zu beweisen nachzulassen sei, daß die Klägerin bereits vor dem 4. October 1841 den Vertrag durch folgende Handlungen ꝛc. gebrochen habe und welcher Schaden dem Beklagten dadurch entstanden sei.

Auf Oberappellation des Beklagten wurde dies Urtheil unter Verurtheilung desselben zum Kostenersatze vom Oberappellationsgerichte am 28. April 1846 bestätigt.

31. Differenzen unter den Contrahenten. Beilegung auf der einen Seite, Stillschweigen darüber auf der andern Seite.

Bei der Beurtheilung der beklagtischen Beschwerde ist nun aber davon auszugehen, daß es sich hier nicht darum fragt, ob sich der Beklagte durch sein Benehmen gegen die Klägerin verantwortlich gemacht habe, so daß diese berechtigt wäre, Schadensansprüche

an ihn zu machen, sondern vielmehr, ob er sich so benommen, daß er seinerseits von ihr Entschädigung für den Gewinn fordern kann, der ihm bei Aufrechthaltung des Contracts aus demselben zu Theil geworden wäre. Dies sind nämlich zwei ganz verschiedene Gesichtspuncte, und da jetzt nur die letztere Frage zur Beurtheilung steht, so kommt es nicht darauf an, zu untersuchen, ob die Gesellschaft Alles gethan, was ihr oblag, wenn sie eine Fortsetzung der Geschäftsverbindung mit Beklagtem wünschte, sondern ob Beklagter Alles geleistet habe, was von ihm verlangt werden kann, damit er berechtigt sei, sich über die Aufhebung des Contracts zu beklagen und darauf Schadensansprüche zu stützen, und dieses ist entschieden zu verneinen. — — — —

Es läßt sich nun allerdings, soviel die in dem Briefe vom 4. October ausgesprochene Kündigung des Contracts betrifft, nicht verkennen, daß die Klägerin hierzu nicht befugt war, wie sie dies in dem jetzigen Processe selbst eingeräumt hat. Hätte die Gesellschaft ungeachtet der Remonstration des Beklagten hierbei verharrt, so würde dieser daher Schadensersatz zu fordern berechtigt sein; allein dieselbe hat auf des Beklagten Remonstration ihre Kündigung in dem Briefe ihres Geranten vom 13. October wieder zurückgenommen, so daß es von nun an dem Beklagten freistand, das Geschäft auf demselben Fuß fortzusetzen und daß es gänzlich ihm zur Last fällt, wenn er dies nicht gethan. Der Beklagte hat mithin in seinem Geschäftsbetriebe durch Schuld der Societät nur eine Unterbrechung von 9 Tagen erlitten und wegen dieser 9 Tage ist ihm schon Beweis nachgelassen. — — — —

Wenn der Beklagte behauptet, auch nach dem 13. October habe er den von Basel zu beziehenden Asphalt von dem dortigen Agenten nicht erhalten, obwohl er die Waare vor dem 4. October bestellt habe, so ist der Grund davon nur darin zu suchen, daß der Beklagte nach Empfang des Schreibens vom 13. October dem Geranten überall nicht antwortete, dem er doch wenigstens hätte schreiben müssen, daß er auf die Zurücknahme des an den Agenten in Basel erlassenen, von diesem zur Kunde des Beklagten gebrachten Verbots, seine direct bei dem Agenten gemachten Asphalt-

Bestellungen auszuführen, Werth lege und sich nicht verbunden halte, den beorderten Asphalt noch einmal zu verlangen.

Wenn der Beklagte statt dem Geranten von seiner Intention Nachricht zu geben, so weit ging, diesem überall nicht mehr zu schreiben, so kann einem solchen Eigensinn wenigstens insofern richterlicher Schutz nicht zu Theil werden, als es sich, wie bemerkt, hier nur von der Frage handelt, ob Beklagter Alles gethan, was ihm oblag, um einen Anspruch auf Schadensersatz zu haben. Daß ein solches absichtliches Schweigen mit der Intention, Schadensersatz wegen Vertragsverletzung von seinem Mitcontrahenten zu fordern, unverträglich sei und solchen späteren Ansprüchen alsdann die exceptio doli entgegenstehe, ist auch gesetzlich anerkannt.

L. 122 § 3 D. de verb. obl. (45, 1)

32. Vertragsaufhebung durch vertragswidriges Thun.

Was den vom Beklagten angeführten Umstand anbetrifft, daß die Klägerin gegen den Contract Asphaltarbeiten in Westphalen und Rheinpreußen geliefert habe, — so hätte wenigstens Beklagter, um aus diesen angeblichen Contractswidrigkeiten die Befugniß der gänzlichen Aufhebung des Contracts ableiten zu können, zuvor über die Contraventionen bei der Gesellschaft Beschwerde führen und sie warnen müssen, daß er sich dadurch genöthigt sehen werde, seinen Asphaltbetrieb gänzlich aufzugeben und Entschädigung zu verlangen. Es findet sich aber in den ganzen Acten keine Spur, daß der Beklagte früher über diese Puncte jemals irgend eine Beschwerde erhoben habe.

XII.

G. Reutlinger dahier, Kläger
contra
D. Raunheim dahier, Beklagten.

Das Oberappellationsgericht ertheilte am 30. April 1846 dem Beklagten Restitution wegen der bei Einführung der Oberappellation desert gewordenen Nothfrist.

XIII.

Kreisamts-Assessor Gustav Raschig zu Bautzen, Kläger
contra
Jacob Doctor dahier, Beklagten.

Kläger hatte rechtskräftig den Beweis zu führen, daß des Beklagten Bruder bei Ueberbringung des dem Kläger zugefallenen Gewinnes ihm erklärt habe, daß in Wien bei Auszahlung des Gewinnes ein Abzug von 12 Procent stattfinde. Auf geführte Beweisverhandlungen erkannte das Stadtgericht am 1. Mai 1843, sowie auf Appellation des Beklagten und dessen Antrag auf Actenversendung das Spruchcollegium zu Heidelberg am 3. Januar 1844 auf den Erfüllungseid des Klägers, während auf Oberappellation des Beklagten das Oberappellationsgericht am 30. April 1846 unter Compensation der Kosten aller drei Instanzen, mit Ausnahme der dem Beklagten allein zur Last bleibenden Actenversendungskosten, den vom Kläger angetretenen Beweis bis auf die Eideszuschiebung für völlig verfehlt erklärte.

33. Suppletorium.

Völlig unthunlich erscheint es, es bei dem suppletorium so, wie es vom Stadtgerichte erkannt ist, zu belassen, da nach diesem der Kläger eben dasjenige beschwören soll, wofür nicht nur gar kein Beweis vorhanden ist, sondern wovon sogar sein eigener Zeuge das gerade Gegentheil aussagt.

34. Beweis des dolus per aequipollens.

Es hat freilich kein Bedenken, daß es nach den Grundsätzen über den Beweis per aequipollens völlig genügte, wenn auch nur erwiesen ward, des Beklagten Bruder habe, obgleich nicht durch eine directe und positive Behauptung, doch durch andere Vorspiegelungen dem Kläger die Meinung beigebracht, daß ihm bei directer Eincassirung in Wien ebenfalls 12 Procent würden abgezogen werden. Allein dies war, da nicht der Beweis eines Irrthums, sondern der eines geübten Dolus in Frage steht, jedenfalls unerläßlich, und reichte es daher nicht hin, wenn etwa nur erwiesen ward, der Kläger habe irrthümlich die Sache so aufgefaßt oder so auffassen können.

An jenem erstgedachten Beweise fehlt es nun aber durchaus. — — — — Hätte aber auch der Kläger in der Verwirrung der ersten Freude über den gemachten Gewinn die Worte des Ueberbringers falsch gedeutet und darin die Geltendmachung eines Rechts der Direction (einen Abzug von 12 % zu machen) erblickt, so würde sich von einem dolus doch immer nur dann reden lassen, wenn des Beklagten Bruder den Irrthum des Klägers bemerkt und geflissentlich zu berichtigen unterlassen hätte. Allein auch hierfür fehlt es nicht nur an allem Beweise, sondern es deponirt der eigene Zeuge des Klägers ausdrücklich, er habe den gedachten Abzug bloß für eine ihm vom Kläger freiwillig zugestandene Gratification gehalten.

35. Vermuthung für eine Schenkung.

Wenn Kläger zur Unterstützung des Beweises unter anderem sich darauf beruft, daß eine Schenkung nicht zu präsu-

miren sei, so kommt dagegen in Betracht: einmal, daß es sich hier von einem zu beweisenden dolus handelt, welcher noch weniger zu vermuthen steht, und zweitens, daß eine Renumeration des Collecteurs bei gemachten bedeutenderen Gewinnen etwas durchaus Gewöhnliches ist.

Bender Lotterierecht § 53.

36. Regel, gegen den zu interpretiren, qui clarius loqui debuisset.

Irrelevant ist die Anwendung der Regel, daß gegen den zu interpretiren sei, qui clarius loqui debuisset, indem nicht ohne Weiteres angenommen werden kann, daß derjenige, welcher sich undeutlich ausdrückt, dies in doloser Absicht thue; übrigens aber auch der vorliegende Fall so beschaffen war, daß billig der Kläger, ehe er annahm, es werde ein der Direction zustehender Abzug movirt, sich genauer nach dem Sinne des Anspruchs hätte erkundigen müssen: wie dies auch von den vorigen Richtern selbst anerkannt ist.

37. Präsumtion daraus, daß der Gegner den Gegenbeweis nicht angetreten hat.

Auch daraus, daß der Beklagte seinerseits den ihm nachgelassenen Gegenbeweis der Schenkung gar nicht angetreten hat, läßt sich unmöglich ein Argument gegen ihn hernehmen, da ja nicht ihm der Beweis, daß er den Kläger nicht inducirt, sondern vielmehr diesem der positive Beweis des dolus oblag.

38. Chicanöse Proceßführung übt nur Einfluß bei richterlichen Eiden.

Endlich hat sich der Beklagte zwar unverkennbar — — — überhaupt einer gefährdevollen Proceßführung schuldig gemacht. — — — — Allein so wenig solches Verfahren sich irgend vertheidigen läßt, so ist es doch bei dem Mangel einer dahingehenden gesetzlichen Vorschrift unstatthaft, dem, wenngleich gerechten, Unwillen darüber einen weiteren Einfluß einzuräumen, als den, welcher bei der Wahl zwischen einem Erfüllungseide und Reinigungseide sich von selbst ergibt, wovon aber hier, bei gänzlich verfehltem Beweise, nicht die Rede sein kann.

39. Gewissensvertretung. Beweis durch einen Zeugen.

Es kam nach den vorstehenden Nummern nur die eventuelle Eideszuschiebung in Frage. Hier konnte nun dem Antrage des Beklagten, mit der Ableistung des Schiedseides aus dem Grunde verschont zu werden, weil in der versuchten Beweisführung des Klägers bereits eine Gewissensvertretung enthalten sei oder die letztere zu ihrer Ergänzung doch höchstens nur noch des Erfüllungseides bedürfe, nicht stattgegeben werden, indem

a. ein vollständiger Beweis für den Beklagten schon deßhalb nicht vorliegt, weil er nur auf den Aussagen eines einzigen Zeugen beruht;

Berger elect. discept. for. T. 20 obs. 5 nr. 6
Wernher observ. for. P. I. obs. 194
Overbeck Meditationen Th. 10 Nr. 45
Kind quaest. forens. T. 4 c. 62 (ed. 2).

b. die Einlassung auf den deferirten Eid dem Beklagten aber augenscheinlich vortheilhafter ist, als die Ableistung des suppletorium.

XIV.

Die Sondershausen von Gläserthal'sche Stiftung dahier, Klägerin

contra

Carl Friedrich Petsch zu Niedererlenbach, Beklagten.

Beklagter hatte zu beweisen:

1. daß er von dem durch Mißwachs und Sturm im Jahre 1841 erlittenen Schaden, während dem die mißrathenen Früchte noch auf dem Felde gestanden, dem klagenden Theile die Anzeige gemacht und solchen aufgefordert habe, die im § 5 des Pachtvertrags vorgesehene Taxation vornehmen zu lassen, und

2. daß er mehr als den dritten Theil der Erndte an Winter- und Sommerfrucht im Jahre 1841 Schaden erlitten habe.

Auf geführte Beweisverhandlungen und nachdem klagender Theil eingeräumt hatte, daß ihm der Beklagte am 19. Juli 1841 die Anzeige des erlittenen Schadens gemacht und ihn zur Einsicht dieses Schadens aufgefordert habe, erkannte das Stadtgericht am 11. September 1843

I. für den Fall, daß der Mitadministrator Dr. v. Lersner den Schiedseid dahin ausschwören würde, daß am 19. Juli 1841 weder er, noch sein damaliger Mitadministrator von dem Beklagten zur Vornahme der in § 5 des Pachtvertrags vorgesehenen Taxation des von diesem an den Fruchterträgnissen des von Sondershausen'schen Stiftungsgutes im Jahre 1841 erlittenen Schadens aufgefordert worden seien, ist der Beklagte schuldig, den eingeklagten Naturalpacht — — zu liefern.

II. Im Fall des Nichtschwörens hat Beklagter — den Ergänzungseid dahin zu leisten, daß er an den am 19. Juli 1841 auf dem Felde befindlichen Früchten des v. Sondershausen'schen Stiftungsgutes einen an jenem Tage ermittelbaren Schaden von mehr als einem Dritttheil der Erndte an Winter- und Sommerfrucht zusammengenommen erlitten habe.

Auf beiderseitige Appellation und klägerischen Antrag auf Actenversendung in zweiter Instanz wurde unter Kostencompensation dies Urtheil bestätigt vom Spruchcollegium zu Würzburg am 19. Januar 1844, dagegen vom Oberappellationsgerichte am 26. Mai 1846 dahin abgeändert, daß der Mitadministrator Dr. v. Lersner nach freier Wahl die von ihm acceptirten Schiedeseide zu schwören habe, entweder daß rc. (wie oben sub I.) oder aber daß Beklagter als Pachter des Sondershausen'schen Stiftungsgutes im Jahre 1841 nicht den dritten Theil der Erndte, an Winter- und Sommerfrucht zusammengenommen, Schaden gelitten habe.

40. Rechtskräftige Beweisauflage an den, der mit einem Beweise hätte verschont werden müssen.

Es läßt sich freilich viel dafür sagen, daß der Beklagte mit dem Beweise der Aufforderung zur Schadenstaxation nicht hätte bebürdet werden sollen, da rc. — — Da nun aber einmal der dispositive Theil des Interlocuts ausdrücklich dem Beklagten außer dem Beweise rechtzeitiger Anzeige auch noch den Beweis der Aufforderung, die Taxation vornehmen zu lassen, auferlegt, da gerade hierin die vom Appellationsgerichte verfügte Abänderung des ersten Urtheils besteht, und dieses abändernde Erkenntniß die Rechtskraft beschritten hat, so kann es jetzt nur darauf ankommen, ob oder wie weit dieser Beweis erbracht ist. Und wenn auch die Erwägung des obigen Grundes dahin führen könnte, den Beweis möglichst günstig zu beurtheilen, so darf man doch deßhalb nicht auf ein suppletorium erkennen, wenn es an einem hierzu hinreichenden Beweise gänzlich fehlt.

41. Erfüllungseid.

Die größere Glaubwürdigkeit einer Parthei ist kein gesetzlicher Grund, auf einen Erfüllungseid zu erkennen, wenn es an jedem Beweise fehlt.

XV.

Franz Schwennicke dahier, Kläger

contra

L. A. Chr. Wurster u. Alexander Zimmermann als Inhaber der Firma Ludw. Aug. Wurster u. Comp. dahier, Beklagte.

Kläger verlangt ein Darlehn von fl. — zurück, welches er der Handlung L. A. Wurster u. Comp. gegeben hat. Die Beklagten opponiren dagegen, daß die von dem Kläger geschehene Kündigung erloschen sei, weil sie 1 ½ Jahre nach derselben mit ihrer Klage

gewartet hätten, und daß jedenfalls der Mitbeklagte Zimmermann nicht mithafte, weil das Darlehn in das Geschäft gekommen sei, ehe derselbe Theilhaber gewesen sei. Das Stadtgericht verurtheilte am 2. Juli 1845 die Beklagten zur Zahlung. Dieses Urtheil wurde auf Appellation des Beklagten und dessen in zweiter Instanz gestellten Antrag auf Actenversendung bestätigt vom

Spruchcollegium zu Würzburg am 23. Januar 1846
Oberappellationsgerichte am 15. Juni 1846.

Das letztere Gericht nahm die Beklagten und deren Anwalt wegen Mißbrauchs des Rechtsmittels in eine Geldstrafe.

42. Einklagung geraume Zeit nach Ablauf der Kündigungsfrist.

Für erloschen haben die Beklagten die Kündigung erklären wollen, weil die Klage erst ungefähr anderthalb Jahre später angestellt worden sei. Dies ist nun nach gemeinem Rechte ganz offenbar grundlos, nicht allein, weil man einen Verzicht nur aus völlig concludenten Thatsachen folgern kann, woran es hier gänzlich fehlt, sondern auch weil der Schuldner, welcher nach abgelaufener Kündigungszeit keine Zahlung leistet, nach der Regel „dies interpellat pro homine" in moram verfällt, welche mora nur ihm selbst, nicht dem Gläubiger nachtheilig sein darf.

L. 155 pr. L. 173 § 2 D. de reg. jur. (50, 17).

43. Haftung von Handlungsgesellschafter für die vor ihrem Eintritt in die Handlung von dieser eingegangenen Verbindlichkeiten.
(Vergl. Bd. I. p. 335.)

Die Beklagten haben die Verhaftung des Mitbeklagten Zimmermann für die eingeklagte Schuld bestreiten wollen, und es scheint fast, als ob dies der einzige Einwand ist, womit sie es ernstlich gemeint haben; er ist aber ebenso frivol, wie die anderen. Denn da die Handlung L. A. Wurster u. Comp. dem Kläger die libellirte Forderung an Capital und Zinsen ganz unstreitig schuldig und Zimmermann Compagnon dieser Handlung ist, die Theilhaber einer Societätshandlung aber nach heutigem Handelsrechte und namentlich nach den Frankfurter Gesetzen für

alle Schulden solcher Handlung in solidum haften: so kommt es nur auf die Gründe an, weßhalb der Mitbeklagte Zimmermann für die fragliche Schuld nicht verhaftet sein will. Zu dem Ende haben Beklagte

1. sich darauf gestützt, daß die Forderung des Klägers aus einem Darlehn herrühre, welches vor seinem Eintritt in die Handlung contrahirt worden sei. Dies kann aber alsdann gar nicht in Betracht kommen, wenn Jemand mittelst ordnungsmäßigen Börsenanschlags ohne allen Vorbehalt und ohne Veranstaltung einer Liquidation mit den bisherigen Gläubigern in eine schon bestehende Handlung mit unveränderter Beibehaltung der bisherigen Firma eintritt. In solchem Falle ist Jedermann berechtigt anzunehmen, daß der neue Compagnon, sowie er an allen Activis der Handlung Theil hat, auch an den Passivis derselben Theil nehmen wolle und müsse. — Dies muß unfehlbar auch auf den Beklagten Zimmermann angewendet werden, da sowohl in dem Börsenanschlage, als in dem Circulär, wodurch der Eintritt desselben in die Handlung L. A. Wurster u. Comp. bekannt gemacht wurde, ausdrücklich die Erklärung enthalten ist, daß Wurster mit Zimmermann diese Handlung „für gemeinschaftliche Rechnung und Verbindlichkeit unter der bisherigen Firma führen und fortsetzen werde."

Es ist aber auch die Forderung des Klägers nicht bloß als eine vor dem Eintritt des Mitbeklagten Zimmermann contrahirte Schuld der Handlung L. A. Wurster u. Comp. anzusehen, sondern sie ist wirklich zu der Zeit, da er schon Theilnehmer der Handlung war, nämlich durch den unter der Firma derselben geschriebenen Brief vom 31. Mai 1843 auf's Neue contrahirt worden, wie sich sowohl aus dem Zusatze: „und gegen 2 — 3 monatliche Kündigung," als auch aus den Schlußworten ergibt: „Alle früheren auf dieses Capital Bezug habenden schriftlichen Documente erklären wir hiermit als erloschen." Dieser Brief ist jedenfalls als eine Bestätigung der alten Schuld unter der Societätsfirma anzusehen und enthält mithin für Wurster ein constitutum debiti proprii, und für den nunmehrigen Compagnon Zimmermann, wenn anzunehmen wäre, daß er die frühere Schuld nicht schon durch seinen Eintritt mit übernommen hätte, ein constitutum debiti

alieni; folglich muß in ihrem beiderseitigen Verhältniß zum Kläger dasselbe eintreten, als wenn die Schuld erst jetzt contrahirt worden wäre. Nun will zwar

2. der Mitbeklagte Zimmermann auch für den Inhalt jenes von Wurster geschriebenen Briefes nicht mitverhaftet sein, weil derselbe ohne sein Wissen und Willen geschrieben sei, und auch die Schuld in den Büchern der Societät überall nicht vorkomme; allein dies widerstreitet offenbar dem allgemein anerkannten Grundsatze des neueren Handelsrechts, daß die Verbindlichkeit, welche ein zum Gebrauch der Firma berechtigter Socius unter der Firma der Societät contrahirt, jedem der anderen Theilhaber der Handlung ebenso gewiß gegen den Mitcontrahenten in vollem Umfange obliegt, als wenn er sie selbst übernommen hätte, und es ist dabei ganz gleichgültig, ob die anderen Theilhaber der Handlung darum gewußt haben oder nicht, ob die Verbindlichkeit in die Bücher eingetragen worden oder nicht, und ob die Gegenleistung der Handlung zu Gute gekommen ist oder nicht.

Zwar könnte es auf den ersten Blick scheinen, daß die

Ref. II. 23, 9,

indem sie Verwilligung oder Vorwissen der anderen Socii erfordert, um sie für dasjenige verpflichtet zu achten, was einer von ihnen im Namen der Gesellschaft verhandelt, dem Mitbeklagten Zimmermann zu Gute kommen müsse, da die Beklagten in Abrede stellen, daß Zimmermann von dem gedachten Briefe zur Zeit der Abfassung desselben etwas gewußt, und ganz besonders, daß er den Inhalt desselben genehmigt habe.

Allein es leidet nicht den geringsten Zweifel, daß der obige Grundsatz des gemeinen deutschen Handelsrechts auch zu Frankfurt längst in die Praxis und Gesetzgebung übergegangen ist, wie sich schon aus dem Parere der dortigen Kaufmannschaft vom Jahr 1731

Orth Anmerk. 1te Forts. p. 525 ff.

und aus art. 7 der Wechselordnung von 1739 ersehen läßt.

Wenn aber auch die gedachte Vorschrift der Reformation noch unverändert bestände und anzuwenden wäre, so würde dennoch jetzt jeder Socius auch nach der Reformation für dasjenige, was ein anderer, zur Unterzeichnung der Firma berechtigter Theilhaber

der Societätshandlung während ihrer Dauer unter solcher Firma verhandelt und schließt, solidarisch haften müssen, wenn es gleich ohne sein Wissen und seine Einwilligung geschehen sein sollte. Denn in der angeführten Stelle der Reformation ist ferner verordnet, daß alles, was durch einen bekannten Factor der Gesellschaft verhandelt werde, die ganze Gesellschaft obligiren und verpflichten solle, und daß deßhalb gegen jeden aus derselben in solidum auf Bezahlung angetragen werden könne, ohne daß in diesem Falle erfordert wird, daß die einzelnen socii von den Handlungen des Factors Wissenschaft haben. Nun ist aber gerade das die Wirkung der jetzt theils gesetzlich vorgeschriebenen, theils durch allgemeinen Gebrauch eingeführten öffentlichen Bekanntmachungen bei der Errichtung von Societätshandlungen durch Börsenanschlag und Circuläre, daß mittelst der damit verbundenen Benennung derjenigen, welche zum Gebrauch der Firma berechtigt sein sollen, jeder einzelne so bevollmächtigte Theilhaber als von dem oder von den andern zum Factor der Gesellschaft bestellt angesehen wird.

Consilia fratrum Becmannorum T. 1 cons. 8. Nr. 8.

XVI.

Höpner u. Comp. zu Hamburg, Kläger

contra

Otto Kolligs dahier, Beklagten.

Otto Kolligs erhielt am 10. November 1841 durch die Spediteure Franz Mayer u. Comp. in Harburg eine Kiste mit seidenen Regenschirmen zur weiteren Beförderung an Notz u. Zimmermann in Zürich von Höpner u. Comp. zugesandt. Als diese Kiste hier angelangt war, erhielt der Beklagte sowohl von den Addressaten unter dem 7. December, als auch von den Absendern unter dem 6. December 1841 den Auftrag, die Kiste nicht weiter gehen zu lassen, solche vielmehr zur Disposition der

jetzigen Kläger zurückzuhalten, und mittelst Schreibens vom 23. December desselben Jahres verlangten die letztern die Auslieferung des gedachten Speditionsgutes an J. L. Fink dahier. Anstatt dieser Auflage nachzukommen, erklärte jedoch Beklagter, daß er wegen einer ihm an Notz u. Zimmermann zustehenden Forderung von fl. — ein Pfand- und Retentionsrecht an der fraglichen Kiste geltend mache und diese nur gegen Zahlung der betreffenden Summe an Höpner u. Comp. verabfolgen werde. Die Letzteren haben hierauf dem Beklagten nicht geantwortet und später aus dem Mandate, Eigenthum und Besitz Klage auf Herausgabe der Kiste, resp. auf Erstattung deren Werthes erhoben.

Das Stadtgericht erkannte am 30. September 1844 den Beklagten für schuldig, die Kiste herauszugeben oder deren erweislichen Werth zu erstatten, er könne denn beweisen,

a. daß ihm die Spedition der von den Klägern an Notz u. Zimmermann abgesandten Kiste nur von den letzteren aufgetragen worden sei, auch

b. daß Notz u. Zimmermann die Eigenthümer dieser Kiste gewesen seien.

Auf Appellation des Beklagten und Adhäsion der Kläger erkannte das Appellationsgericht am 19. Februar 1845, daß zwar Beklagter zur Führung des Beweises sub a verpflichtet sei, wogegen aber die Kläger, unter Voraussetzung der Führung dieses Beweises, ihrerseits zu beweisen hätten, entweder

a. daß ihnen das Eigenthum oder ein zur actio Publiciana befähigendes Recht auf die Kiste mit Regenschirmen zu der Zeit zugestanden habe, als solche in den Besitz des Beklagten kamen, oder

b. daß ihnen ein Recht auf diese Kiste später übertragen worden sei.

Auf beiderseitige Oberappellation erkannte unter Compensation der Kosten aller drei Instanzen das Oberappellationsgericht am 22. Juni 1846, daß Beklagter die fragliche Kiste herauszugeben oder deren erweislichen Werth zu ersetzen schuldig sei.

44. Cumulation von Klagen.

Verwerflich ist der von dem Beklagten gestellte Antrag, die Klage in Folge seiner Einrede der unzulässigen Cumulation angebrachter Maßen abzuweisen. Denn dieser Antrag kann weder durch die völlig unrichtige Behauptung begründet werden, daß es überhaupt unstatthaft sei, eine actio in personam und eine actio in rem zu cumuliren,

L. 1 § 4 D. quod legat. (43, 3)

noch auch dadurch, daß aus dem Mandatscontracte und aus dem Eigenthume nur alternativ habe geklagt werden dürfen, was gar nicht erforderlich ist, wenn ein gewisses Object aus verschiedenen Rechtsgründen, welche neben einander bestehen können, nur einmal verlangt wird; noch endlich dadurch, daß die beiden Klagen aus dem Mandate und aus dem Eigenthume im Vortrage hätten getrennt und zu einer jeden nach Vorschrift der

Ref. I. tit. 17 § 8

ein besonderes petitum gestellt werden müssen, da diese letztere Vorschrift offenbar nicht auf den hier vorliegenden Fall bezogen werden kann, wo nur ein Gegenstand aus mehreren Rechtsgründen gefordert wird und die zu beantragende Verurtheilung des Beklagten für beide Klagen gleich ist.

45. Der vom Absender und Destinatär beauftragte Spediteur.

Soviel die Materialien der Sache betrifft, so mußte der Beklagte in Gemäßheit der angestellten actio mandati aus den nachstehenden Gründen sofort, ohne weitere Beweise — mit Ausnahme des eventuellen Beweises über den Werth der Kiste — aufzuerlegen oder nachzulassen, nach der Klagbitte verurtheilt werden.

Der Klaggrund besteht bei dieser Klage darin, daß die Kläger im November 1841 dem Beklagten als Spediteur den Auftrag gegeben, die fragliche Kiste von Frankfurt weiter an Notz und Zimmermann nach Zürich zu befördern, daß sie ihm aber am 6. und 23. December desselben Jahres, als die Kiste noch in seinen Händen gewesen sei, eine Contreordre ertheilt und ihn angewiesen hätten, die Kiste an sie zurückzuliefern.

Dieser Klaggrund ist nun nicht nur zur rechtlichen Begründung des Anspruchs auf Herausgabe der Kiste oder ihres Werthes völlig geeignet, sondern auch in facto schon erwiesen. Denn der Beklagte gesteht

1. die beiden Thatsachen zu, daß die Kläger die Kiste an ihn als Spediteur zur Weiterbeförderung abgesandt haben und daß er dieselbe in diesem Maße angenommen hat, wozu er in der jetzigen Instanz noch hinzufügt, daß er damals auch einen Avisbrief von den Klägern erhalten habe. Hierdurch ist aber eo ipso ein Mandatscontract zwischen den Klägern und ihnen abgeschlossen worden, um so mehr, da er nach seinen recognoscirten Briefen schon früher mit den Klägern in Geschäftsverbindung als Spediteur stand, und jene beiden Facta sind nicht etwa eine bloße Präsumtion für einen Mandatscontract, sondern der wirkliche Contractsabschluß selbst. Ebenso räumt ferner der Beklagte

2. den Empfang der gedachten Contreordres der Kläger, sowie den Umstand ein, daß er damals die Kiste noch in Händen gehabt habe.

Ob die Kläger Eigenthümer der Kiste seien oder ihnen doch ein zur actio Publiciana genügendes Recht daran zustehe, darauf kommt es bei dem hier in Frage seienden Klaggrunde des Mandats überall nicht an. Mit dieser Ansicht sind nun auch die vorigen Gerichte einverstanden, sie haben aber dem Beklagten den Gegenbeweis nachgelassen, daß ihm die Spedition der Kiste nur von Notz und Zimmermann aufgetragen worden sei. Wäre nun hier ein Gegenbeweis überall nachzulassen, so könnte dies freilich in diesem von den vorigen Gerichten festgesetzten Maße geschehen. Denn wenn der Beklagte eventuell eine Abänderung des Beweissatzes, nämlich die Weglassung des Wortes „nur" verlangt, also bloß beweisen will, daß neben dem Mandate der Kläger auch ein concurrirendes Mandat von Notz und Zimmermann stattgefunden habe, so wäre ein solcher Beweis ganz unerheblich, da durch das Verhältniß, daß ein Spediteur zugleich Mandatar des Absenders und des Destinatärs ist, die actio mandati der Ersteren offenbar an sich nicht ausgeschlossen wird, derjenige Zweifel aber, welcher aus einem solchen Verhältnisse in Beziehung auf die Wirksamkeit einer Contreordre des Absenders in dem Falle ent-

stehen könnte, wenn die Ordres oder die Interessen des Absenders und des Destinatärs collidirten, hier gar nicht eintritt, weil Notz und Zimmermann nach dem Zugeständnisse des Beklagten damals — im November und December 1841 — in jene Contreordre der Kläger eingewilligt und selbst den Beklagten zu deren Befolgung angewiesen haben. Auch die von dem Beklagten behauptete spätere Zurücknahme dieser Einwilligung durch die Liquidatoren von Notz und Zimmermann würde in dieser Hinsicht den Klägern um so weniger präjudiciren, da die gedachte Einwilligung nicht bloß einseitig gegen den Beklagten erklärt war, sondern darüber zugleich eine Vereinbarung zwischen Notz und Zimmermann und den Klägern stattgefunden hatte.

Allein jener Beweis, daß der Beklagte nur Mandatar von Notz und Zimmermann gewesen sei, kann ihm deßhalb nicht nachgelassen werden, weil es dafür an aller factischen Begründung fehlt. Denn die einzige Thatsache, welche sich neben dem Geständnisse des Beklagten, daß die Kiste ihm von den Klägern zur Spedition zugesandt und von ihm angenommen worden sei, etwa als zu einer solchen Begründung geeignet denken ließe, wäre, daß die Kläger dem Beklagten jenen Auftrag ausdrücklich nur im Namen von Notz und Zimmermann und als Ausführung einer von diesen ertheilten Ordre gegeben hätten. Etwas der Art aber nun hat der Beklagte nirgends behauptet, vielmehr reducirt sich Alles, was er in dieser Hinsicht vorbringt, auf folgende drei Puncte und er hat selbst in der jetzigen Instanz anerkannt, daß, insofern hierauf nicht eingegangen werde, die Führung des normirten Beweises ihm unmöglich sein würde.

1. Er sucht theoretisch zu deduciren, daß der Absender, wenn er auch dem Spediteur den Auftrag zur Weiterbeförderung der Waare an den Destinatär gegeben habe, doch immer nur als Mandatar oder negotiorum gestor des Letzteren anzusehen sei;

2. er behauptet ferner, Notz und Zimmermann hätten den Klägern durch eine allgemeine Anweisung den Beklagten als Spediteur für sämmtliche an sie zu versendende Waaren aufgegeben; endlich

3. beruft er sich auch noch darauf, die Kläger hätten dadurch,

daß sie Notz und Zimmermann veranlaßt hätten, dem Beklagten die Ordre zu ertheilen, mit der Kiste den Willen der Kläger zu befolgen, selbst anerkannt, daß sie nicht die Mandanten und Ordregeber des Beklagten seien.

Dieses Vorbringen ist jedoch durchgängig unerheblich. Denn die Deduction unter 1 entbehrt jeder haltbaren Begründung; der unter 2 angeführte Umstand ist hier ohne Einfluß, da demjenigen, welcher in Folge des Mandats eines Dritten, aber in eigenem Namen ein Mandat ertheilt hat, unstreitig die actio mandati zusteht;

L. 28 D. de negotiis gest. (3, 5)
L. 8 § 3 D. mand. (17, 1)

und was das Argument unter 3 anlangt, so haben die Kläger dem Beklagten ihre Contreordre durch ihre Briefe vom 6. und 23. December 1841 direct ertheilt, ohne daß der Beklagte behauptet, daß sich etwa in diesen Briefen eine Aeußerung fände, als hielten sie sich für sich allein dazu nicht befugt, daraus aber, daß sie — aus Vorsicht und um dem Beklagten alle Einwendungen abzuschneiden — zugleich Notz und Zimmermann veranlaßten, ebenfalls dieser Contreordre beizutreten, wenn dies wirklich der Fall ist, läßt sich eine solche Anerkennung offenbar nicht herleiten.

46. Eigenthumserwerb an den einem Spediteur übergebenen Waaren. (cf. Bd. II. Nr. 34.)

Die Einrede des Beklagten, er habe an der Kiste wegen einer Forderung von fl. — an Notz und Zimmermann nach dem art. 54 der Frankfurter Wechselordnung ein Retentions- und Pfandrecht, ist ungegründet. Denn bei dem gedachten Rechte aus art. 54 würde es eine nothwendige Bedingung sein, daß die Schuldner des Beklagten Notz und Zimmermann Eigenthümer der Kiste gewesen sein mußten, in welcher Hinsicht hier auf die umständliche Ausführung zu dem Erkenntnisse des Oberappellationsgerichtes in

Fr. S. Gebr. Bethmann c. Blücher v. Wahlstadt 1844

Bezug genommen werden kann; und da der Beklagte, namentlich nach seinen bestimmten Erklärungen in der jetzigen Instanz, dieses

Eigenthum an Notz und Zimmermann lediglich darauf gründet, daß er dasselbe durch die Empfangnahme der Kiste für Notz und Zimmermann erworben habe, nämlich ihm als Mandatar der Letzteren die Kiste von den Klägern für Jene tradirt und dadurch das Eigenthum davon auf Notz und Zimmermann übergegangen sei, so würde hierzu ferner erforderlich sein, daß er von Notz und Zimmermann einen speciellen Auftrag, die Kiste für ihre Rechnung in Empfang zu nehmen, gehabt hätte.

Savigny Besitz § 26 p. 354. 355. 365 – 367
Schweppe Röm. Privatrecht Th. 2 § 220 Nr. 2.

Nun aber hat der Beklagte einen solchen speciellen Auftrag nicht behauptet, namentlich — was entscheidend ist — auch nicht in der jetzigen Instanz, nachdem ihm sowohl im vorigen Erkenntnisse, als im Appellationslibelle der Kläger der Mangel jener Behauptung vorgehalten worden war, sondern hat sich nur auf einen in dieser Beziehung ganz ungenügenden

s. die oben citirten Schriftsteller

allgemeinen Auftrag, die bei ihm für Notz und Zimmermann ankommenden Waaren weiter an sie zu spediren, berufen, ja in der That deutlich zugestanden, daß er einen derartigen speciellen Auftrag nicht gehabt habe. Auch hat nicht etwa eine spätere wirksame Ratihabition jener Eigenthumsergreifung des Beklagten durch Notz und Zimmermann stattgefunden, da diese vielmehr, wie schon bemerkt ist, damals sogleich dem Beklagten die Ordre gegeben haben, mit der Kiste den Willen der Kläger zu befolgen, die spätere Verhandlung zwischen dem Beklagten und ihren Liquidatoren aber den Klägern nicht präjudiciren kann. — — — —

Der Beklagte will nun zwar eventuell diese Einrede auch noch in der Weise begründen, die Kläger hätten dadurch, daß sie seinen schon erwähnten Brief vom 9./27. December 1841 nicht beantwortet, sein Pfandrecht anerkannt und also, falls Notz und Zimmermann durch jene Tradition der Kiste an den Beklagten nicht deren Eigenthümer geworden, sondern die Kläger dies geblieben wären, selbst dem Beklagten ein Pfandrecht an der Kiste ertheilt. Allein theils ist, auch unter Kaufleuten, die bloße Nichtbeantwortung eines Briefes, worin eine grundlose Prätension aufgestellt

wird, für sich allein und sofern nicht besondere Umstände hinzukommen, keine Anerkennung derselben, theils würde, wenn man hierin eine stillschweigende Anerkennung finden wollte, diese doch nur unter der Voraussetzung stattgefunden haben, daß die Angabe des Beklagten in jenem Briefe, es stehe ihm das fragliche Recht nach den Frankfurter Gesetzen zu, richtig sei, mithin, da Letzteres nicht der Fall ist, unwirksam und für die Kläger unverbindlich sein.

L. 35 D. de acquir. rer. dom. (41, 1)
L. 8 L. 9 C. de jur. et fact. ign. (1, 18)
L. 18 C. de rei vind. (3, 32)
Mühlenbruch im Civ. Arch. Th. 2 p. 375
Savigny System Th. 3 Beil. 8 § 12 u. 34.

47. Stillschweigen als Genehmigung unter Kaufleuten.

Der Beklagte opponirt noch die Einrede, er sei befugt gewesen, die Kiste an die Liquidatoren von Notz und Zimmermann auszuliefern und also durch diese am 13. December 1842 geschehene Auslieferung von der Klage liberirt worden, theils weil Notz und Zimmermann die Eigenthümer und Destinatäre gewesen seien, theils weil die Kläger durch ihr Stillschweigen auf den Brief des Beklagten vom 9./27. December 1841 ihn zu der Meinung, daß sie auf die Kiste keine Ansprüche machten, und dadurch zu jener Auslieferung inducirt hätten. Diese Einrede wird, insoweit sie auf die Eigenschaft von Notz und Zimmermann als Eigenthümer und Destinatäre gegründet wird, schon durch das oben Angeführte beseitigt, wonach dieselben nicht Eigenthümer geworden sind und ihr Recht als Destinatäre durch ihren Beitritt zu der Contreordre der Kläger verloren haben. Aber auch der aufgestellte Gesichtspunct einer Induction kann nicht für zutreffend erachtet werden. Denn in dem gedachten Briefe ist nichts weiter enthalten, als die Behauptung, daß dem Beklagten nach den Frankfurter Gesetzen das Recht zustehe, sich so lange an der Kiste zu erholen, bis er wegen seiner Forderung an Notz und Zimmermann befriedigt sei, und die Erklärung, daß er daher die Kiste den Klägern nicht anders, als gegen Bezahlung dieser Forderung ausliefere und ihre Ordre vom 23. December, sie an Fink zu übergeben, nicht be-

folgen werde; davon hingegen, daß er die Kiste an Notz und Zimmermann ausliefere oder sonst etwas damit vornehmen wolle, ist nichts darin gesagt, und ebensowenig, daß die Kläger keine Ansprüche an die Kiste hätten. Durch das Stillschweigen der Kläger konnte also der Beklagte nur zu der Meinung inducirt werden, daß sie die Retention der Kiste, ihnen gegenüber, und die Nichtbefolgung ihrer Ordre vom 23. December, nicht aber zu der Meinung, daß sie eine Auslieferung der Kiste an die Liquidatoren von Notz und Zimmermann genehmigten; und er hätte, als er dieses Letztere beabsichtigte, den Klägern unter der Aufforderung, sich selbst mit ihm abzufinden, hiervon Anzeige machen müssen. Wäre hier aber auch wirklich eine solche Induction erfindlich, so würde dennoch dem Beklagten entgegenstehen, daß er zuerst durch seine gedachte Behauptung über das Frankfurter Recht die Kläger zu ihrem Stillschweigen inducirt hat, wobei ihn, wenn er auch in bona fide gewesen sein mag, jedenfalls eine culpa trifft, während bei den Klägern als Ausländern eine Kenntniß dieser Verhältnisse nicht vorausgesetzt werden kann.

XVII.

Die Fideicommißerben der ersten Ehefrau des Johann Jacob Spieß, Maria Catharina, geb. Gräb dahier, Kläger

contra

die Erben des obengenannten Johann Jacob Spieß dahier, Beklagte.

Es handelt sich hier um Restitution eines Fideicommisses, resp. dessen Liquidation. Zu diesem Fideicommisse hatte die Hälfte einiger Grundstücke gehört, welche die Beklagten am 1. und 3. April 1834 um fl. 1200 verkauft hatten, während die vorliegende Klage erst am 24. April angestellt und am 3. Mai den Beklagten insinuirt

worden ist. Das Stadtgericht erkannte nun am 16. August 1843 die Beklagten für schuldig, die fraglichen Grundstücke behufs öffentlicher Versteigerung derselben innerhalb 14 Tagen in natura zu präſtiren, bei Vermeidung, daß ansonsten diese Grundstücke zwar im Werthe von fl. 1200 unter dem Fideicommißvermögen aufgeführt werden sollten, den Klägern aber sodann unbenommen sei, den höheren Werth dieser Grundstücke durch juramentum in litem nachzuweisen.

Auf beiderseitige Appellation erkannte das Appellationsgericht am 27. November 1843, daß Beklagte nicht schuldig seien, die fraglichen Güter in natura zu präſtiren, daß vielmehr der Erlös derselben mit fl. 1200 aufgeführt werden solle, den Klägern jedoch unbenommen bleibe, den am 1. und 3. April 1834 allenfalls gehabten höheren Werth nachzuweisen, welch' höherer Werth sodann zu berechnen sein wird. Auf Oberappellation der Kläger wurde unter deren Verurtheilung in die Kosten dies Erkenntniß vom Oberappellationsgericht am 25. Juni 1856 bestätigt.

48. Unzulässigkeit des juramentum in litem bei der actio personalis ex testamento. Beweislast bei Schadensforderung. Zeitpunkt der aestimatio bei actiones stricti juris.

Da die zweite eventuell in dieser Instanz aufgestellte Beschwerde sich nur auf die von dem Beklagten selbst veräußerten Grundstücke bezieht, und auf Wiederherstellung des stadtgerichtlichen Erkenntnisses und Zulassung der Kläger zum juramentum in litem gerichtet ist, so steht dieser freilich Rechtskraft nicht entgegen, weil das Urtheil vom 26. Juni 1838 mit der damals noch gar nicht zur Sprache gebrachten Frage, welche Folgen eine von den Erben des Fiduciars vorgenommene Veräußerung eines Theiles des Fideicommiß-Vermögens haben müsse, sich nicht beschäftigt, sondern sich nur auf den Fall bezieht, wo von dem nach der Natur des Verhältnisses zu Veräußerungen befugten heres fiduciarius die Veräußerung selbst vorgenommen ist, welches Recht aber auf seine Erben, bei denen mit seinem Tode die Verbindlichkeit zur Restitution in Kraft tritt, nicht übergeht.

Aber auch diese eventuelle Beschwerde mußte verworfen werden. Es konnten nämlich die Appellanten

1. schon um deßwillen zu einem **juramentum in litem** nicht admittirt werden, weil die von ihnen angestellte Klage, welche auf die damals noch überall nicht, auch selbst nicht durch wörtliche Erklärung erfolgte Restitution des Fideicommisses gerichtet ist und sich auf das Testament der Spieß'schen Eheleute stützt, als eine **actio personalis ex testamento** anzusehen ist. Als solche ist sie auch bisher sowohl von den Gerichten, als in den Parthei-Vorträgen aufgefaßt, indem es in den Rationen zu dem letzten Urtheile dieser Instanz ausdrücklich hervorgehoben worden ist, daß eine wirkliche oder fingirte Herausgabe der einzelnen Stücke der Erbschaft bisher noch nicht stattgefunden habe, und die Beklagten in ihrer Gegenerklärung erster Instanz sich ebenfalls dahin erklärt haben, daß sie zuerst am 24. April 1834 von den Klägern zur Restitution des Fideicommisses aufgefordert seien. Wenn sie hierbei freilich hinzufügen, daß die in ihrer Litiscontestation erfolgte Anerkennung ihrer Restitutionspflicht und erklärte Bereitwilligkeit zur Restitution im Allgemeinen den Effect haben müsse, daß von diesem Zeitpuncte an die Restitution des Fideicommisses als geschehen anzunehmen sei, so ist es unnöthig auf eine Prüfung der Richtigkeit dieser beklagtischen Ausführung einzugehen, da es hier nur auf den Character der angestellten Klage ankommt, der durch die Litiscontestation der Beklagten und nach derselben nicht verändert werden konnte.

Ref. I. tit. 17 § 5.

Bei einer **actio personalis ex testamento**, die zu den **actionibus stricti juris** gehört, ist aber ein **juramentum in litem** überall nicht zulässig.

L. 6. 93 D. de in litem jurando (12, 3)

Bei solchergestalt schon aus diesem Grunde unstatthaftem **juramentum in litem** kommt es auf die sowohl in der **sententia a qua**, als in den Schriftsätzen der Partheien erörterte Frage, ob bei dem Verkaufe der zur Fideicommißerbschaft gehörigen Grundstücke den Beklagten ein **dolus** oder eine **culpa lata** zur Last falle, um so weniger an, weil die Verbindlichkeit der Beklagten zur Erstattung des Werthes

dieser Grundstücke, abgesehen von aller culpa, schon dadurch begründet ist, daß es ihr eigenes factum ist, wodurch sie sich außer Stand gesetzt haben, der ihnen obliegenden Verbindlichkeit zur Restitution Genüge zu leisten, wobei es auch keinen Unterschied macht, ob der Verkauf der Grundstücke von ihnen mit oder ohne Kenntniß ihrer Fideicommiß=Qualität vorgenommen ist, indem sie, auch wenn sie darüber in einer vollkommen gerechtfertigten Unwissenheit sich befunden hätten, nichts desto weniger zur Prästation des vollen Werthes verpflichtet sein würden.

§ 16 J. de legat. (2, 20)
L. 25 § 2 D. ad SC. Trebell. (36, 1)
cf. L. 91 § 2 D. de verb. obl. (45, 1)

2. Aber auch hinsichtlich der Fragen, was die Beklagten zu ersetzen haben und ob der Beweis des Mehrwerths der Grundstücke über den von den Beklagten dafür erhaltenen Preis den Klägern aufzulegen sei, war kein Grund vorhanden, das vorige Urtheil abzuändern. Da hier nämlich ein Fall vorliegt, wo die Grundstücke von den zu ihrer Herausgabe verpflichteten Beklagten nicht in natura prästirt werden können, so ist auf deren aestimatio zu recurriren, indem der Mehrwerth der Grundstücke über den dafür erlangten Preis derjenige ist, was die Beklagte den Klägern durch ihren voreiligen Verkauf entzogen haben. Den Beweis dieses Werthes haben aber die Kläger zu führen, theils weil sie es sind, welche einen solchen Mehrwerth behaupten und darauf ihren Anspruch stützen, theils weil die Vermuthung dafür spricht, daß die Beklagten, denen die verkauften Grundstücke zur Hälfte gehörten, dieselben nicht unter deren wahren Werthe verkauft haben werden.

Was nun aber den Zeitpunct betrifft, auf welchen nach der sententia a qua der Beweis des Mehrwerths gerichtet werden soll, so hätte hier, wo, wie schon bemerkt worden, eine actio stricti juris vorliegt, eigentlich auf den Zeitpunct der Litiscontestation, nicht auf den des Privatverkaufs, bei der Beweisauflage gesehen werden sollen,

L. 3 § 2 D. commod. (13, 6)

also statt des Werthes am 1. und 3. April der des 27. Mai 1834 zum Gegenstand der Beweisauflage gemacht werden müssen. Da

der Unterschied in der Zeit indessen nur unbedeutend ist und sich daher nicht annehmen läßt, daß eine irgend erhebliche, jetzt noch erkennbare Verschiedenheit des Werthes zu diesen beiden Zeitpuncten stattgefunden haben werde, auch die Kläger sich über die Fassung der Beweisauflage in dieser Beziehung nicht speciell beschwert haben, so schien es doch angemessener, es auch hierin bei dem vorigen Urtheil zu belassen.

XVIII.

C. Pöhls u. Lohmer zu Bordeaux, Kläger
contra
Mauro Gaetano Sartorio dahier, Beklagten.

Das Oberappellationsgericht restituirte am 20. Juli 1846 die Kläger gegen die bei Einführung der Oberappellation versäumte Nothfrist.

XIX.

Conrad Heinrich Reinheimer, als Vormund der Friedr. Georg Chormann'schen Kinder zu Kirchheimbolanden in Rheinbayern, Kläger
contra
die Wittwe von weiland Johann Valentin Abel, Anna Margaretha, geb. Keim zu Bornheim, Beklagte.

Nachdem J. V. Abel im Jahre 1842 gestorben war, traten als dessen gesetzliche Erben

1. die minderjährigen Kinder seiner an F. G. Chormann verheirathet gewesenen Tochter erster Ehe und

2. seine aus zweiter Ehe hinterlassene Wittwe Anna Margaretha, geb. Keim auf und wurden in dessen Nachlaß immittirt. Bei der Erbtheilung machte die vorbenannte Wittwe drei Forderungen im Betrage von fl. — geltend, die sie in die Ehe inferirt habe. Da ihre Ehe mit dem Erblasser zu Kirchheimbolanden unter der Herrschaft des französischen Rechts abgeschlossen war, entstand eine weitere Frage, ob das streitige Verhältniß nach französischem Rechte zu beurtheilen sei, welche Frage in zweiter Instanz rechtskräftig bejahend entschieden wurde. Kläger verlangten klagweise die Hälfte des Nachlasses, während Beklagte obige Forderungen vorzugsweise in Abzug gebracht wissen wollte. Das Stadtgericht erkannte am 22. November 1844, daß der Valentin Abel'sche Nachlaß zwischen den Klägern und der Beklagten in zwei gleiche Hälften zu theilen sei, und verglich die Kosten. Auf Appellation der Beklagten und von den Klägern beantragte Actenversendung erkannte das Spruchcollegium zu Erlangen am 31. März 1845, daß, wenn auch der Anspruch der Beklagten auf vordersamsten Abzug ihres Einbringens nach den Vorschriften des Code civil beurtheilt werden müsse, doch nicht sofort definitiv, wie geschehen, zu erkennen wäre, vielmehr Beklagte — — zu beweisen schuldig sei, daß der im Voraus abzuziehende, während der Ehe ihr zugefallene und eingebrachte Immobiliar-Antheil fl. — oder wie viel weniger betragen habe; — daß es bei der ausgesprochenen Compensation der Kosten des ersten Verfahrens sein Bewenden behalte und die Kosten der zweiten Instanz ebenfalls gegeneinander aufzuheben seien, mit Ausnahme der Transmissionskosten, die auf die Kläger fielen. Auf Oberappellation der Kläger erkannte unter Kostencompensation das Oberappellationsgericht am 20. Juli 1846, daß die Beklagte in Ansehung des einen Postens mit ihrem Anspruch abzuweisen, hinsichtlich der beiden anderen Posten aber schuldig sei, zu erweisen, daß während ihrer Ehe mit J. V. Abel die gedachten beiden Posten oder welcher Theil derselben als Abfindung von dem Immobiliar-Nachlasse ihrer Eltern, resp. von ihrem Vater und ihren Brüdern aus deren

eigenen Mitteln entweder an ihren Ehemann ausgezahlt oder sonst in das jetzt vorhandene Abel'sche eheliche Vermögen geschossen sei, worauf demnächst vom Stadtgerichte wegen dieser beiden Posten und wegen der sämmtlichen Kosten erster Instanz weiter, was Rechtens, zu erkennen ist.

49. Gesetzliche Gütergemeinschaft nach französischem Rechte. Die dem einen Ehegatten von seinen Miterben für seinen Antheil an der Immobiliarerbschaft bezahlte Abfindungssumme.

Es kommt bei den beiden Posten von fl. — und von fl. —, welche nach der Behauptung der Beklagten in Abfindungen von dem Immobiliar-Nachlasse ihrer Eltern bestehen, auf die Rechtsfrage an, ob nach dem Code civil in dem Falle, wenn ein Ehegatte, welcher in der gesetzlichen Gütergemeinschaft lebt, als Miterbe einen Antheil an einer ungetheilten, auch in Immobilien bestehenden Erbschaft hat, aber während der Ehe bei der Erbtheilung für seinen Antheil an den Immobilien eine Geldsumme erhält, diese Geldsumme gemeinschaftliches Vermögen beider Eheleute wird oder ausschließliches Vermögen des gedachten einen Ehegatten bleibt, und daher von ihm demnächst vorab zurückgefordert werden kann? — — — —

Soviel nun diese Rechtsfrage betrifft, so ist bekanntlich im Code civil bestimmt, daß Immobilien, welche dem einen Ehegatten schon bei Eingehung der Ehe zugehören oder während der Ehe durch Erbschaft anfallen, sein ausschließliches Eigenthum bleiben,

art. 1404

und daß, wenn sie während der Ehe verkauft sind und ihr Preis in die Gütergemeinschaft geflossen ist, dieser jenem Ehegatten demnächst vorab erstattet werden muß;

art. 1433 u. art. 1470 Nr. 2

daß hingegen Mobilien, auch wenn sie dem einen Ehegatten während der Ehe durch Erbschaft anfallen, zur Gütergemeinschaft gehören.

art. 1401 Nr. 1.

Hiernach könnte es nun freilich gar nicht zweifelhaft sein, daß in jenem hier in Frage gestellten Falle die empfangene Geldsumme nicht zur Gütergemeinschaft gehöre, wenn die Wirkung einer

Erbtheilung nach den Grundsätzen des Römischen Rechts zu beurtheilen wäre, wenn also das bisherige ideelle Miteigenthum eines jeden Erben an den einzelnen Nachlaßstücken auch nach der Theilung für die vergangene Zeit bis dahin bestehen bliebe, und jeder Erbe den Antheil der übrigen Erben an den ihm bei der Theilung zugefallenen Nachlaßstücken erst durch dieselbe von seinen Miterben erwürbe, indem dann ein Immobiliarrecht inferirt und während der Ehe für einen gewissen Preis veräußert sein würde, mithin die art. 1404, 1433 u. 1470 Nr. 2 zur Anwendung kommen müßten. Allein der Code civil stellt im

art. 883

über die Wirkung einer Erbtheilung ein ganz anderes Princip auf, welches auch bei der Theilung der Gütergemeinschaft gilt

art. 1476

und sich ganz ebenso schon im älteren französischen Rechte findet:

Pothier traité du contrat de société Nr. 179. 180
und traité de la communauté Nr. 134
Merlin repertoire, Partage, p. 35
Maleville zum art. 883

nämlich, daß nach der Theilung jeder Miterbe so anzusehen sei, als habe er diejenigen Nachlaßstücke, welche er bei derselben erhält, von Anfang an allein unmittelbar von dem Erblasser ererbt und an den übrigen Nachlaßstücken, welche die anderen Miterben erhalten, niemals ein Miteigenthum gehabt. Von diesem Princip ist nun auch im Code civil eine Anwendung bei der Frage gemacht, welche Gegenstände zu der ehelichen Gütergemeinschaft gehören, aber nur in dem Falle, wenn ein Ehegatte, welcher Miteigenthümer eines Grundstücks pro indiviso war, bei der Theilung das ganze Grundstück erhält und die anderen Miteigenthümer mit einer aus der Gütergemeinschaft genommenen Geldsumme für ihre Antheile abfindet. Hier würden nämlich nach der Regel des

art. 1401 Nr. 3

die bisherigen Antheile der anderen Miteigenthümer als Errungenschaft in die Gütergemeinschaft fallen; weil aber nach dem gedachten Princip jener Ehegatte so angesehen wird, als habe er das ganze Grundstück von Anfang an allein gehabt und nicht die

Antheile der Miteigenthümer erst von Diesen erworben, mithin in Folge dieser Fiction der

art. 1404

zur Anwendung kommt, so bestimmt der Code civil im

art. 1408,

daß die anderen Antheile nicht in die Gütergemeinschaft fallen, sondern der Letzteren nur eine Forderung wegen des von ihr zum Behufe der Abfindung geleisteten Vorschusses zusteht. Daß diese Bestimmung lediglich auf dem mehrgedachten Principe beruht, ergibt sich ganz klar aus der Discussion des art. 1408 im Staatsrathe

Conférence du Code civil avec la discussion du conseil d'état etc. tom. 5 p. 265 — 267

und sie findet sich auch schon ebenso, als eine Folge desselben, bei

Pothier traité de la communauté Nr. 134. 138. 139. 142.

Dahingegen enthält der Code civil keine specielle Bestimmung für die beiden Fälle, wenn ein Ehegatte für seinen Antheil an einer Immobiliarerbschaft bei der Theilung entweder Mobilien, die zu dem Nachlasse selbst gehören, oder eine Geldabfindung aus den eigenen Mitteln der Miterben erhält. Hier kann nun für den ersten Fall die Entscheidung nicht zweifelhaft sein, nämlich dahin, daß jene Mobilien zu der Gütergemeinschaft gehören, wie dies denn auch die einstimmige Lehre der Schriftsteller über das französische Recht ist;

Pothier traité de la communauté Nr. 100

Merlin repertoire, Communauté p. 557

Zachariä Handb. des Franz. R. Bd. 3 p. 162 (3te Ausg.)

denn da die fraglichen Mobilien einen Bestandtheil des Nachlasses selbst ausmachen, so kann hier der Ehegatte so angesehen werden, als habe er dieselben unmittelbar von dem Erblasser ererbt, es findet mithin das Princip des art. 883 und die Analogie des art. 1408 in jeder Beziehung volle Anwendung, und der Fall ist demnach so zu behandeln, als ob jener Ehegatte von Anfang an nur diese Mobilien gehabt und ein Immobiliar-Illatum gar nicht existirt hätte. Auch der concrete Einwand der Beklagten, daß der art. 883 nur von einer Verloosung der Nachlaßstücke oder einer Licitation rede, wovon hier weder das Eine, noch das Andere statt-

gefunden habe, ist völlig unerheblich; denn daß im art. 883 nur jene beiden Arten der Erbtheilung genannt werden, rührt bloß daher, daß sie die gesetzlichen sind, und es versteht sich von selbst, daß dasselbe Princip eintritt, wenn sich die Erben, was ihnen freisteht,

art. 819 u. 888

vertragsweise über eine andere Theilungsart vereinigen. Dafür ist ganz entscheidend theils, daß dies ein ausgemachter Grundsatz des älteren Französischen Rechts war,

Pothier traité de la communauté Nr. 142

theils daß der schon angeführte art. 1408 ausdrücklich besagt: „à titre de licitation ou **autrement**,“ und diese Fassung des Artikels, welcher ursprünglich lautete „par licitation,“ in Folge der Bemerkung des Tribunats

Confér. tom. 5 p. 267. 268

stattgefunden hat, daß jede freiwillige Erwerbung der Licitation gleich sei.

S. auch Zachariä Bd. 1 p. 396 nte. 22; Bd. 4 p. 102 u. nte. 2.

Was aber den **zweiten** Fall anlangt, so ließe sich freilich theoretisch wohl in Frage stellen, ob nicht das Princip des art. 883 darauf gleichfalls anzuwenden sei, indem, wenn auch der abgefundene Ehegatte nicht so angesehen werden kann, als ob er die Abfindungssumme, welche kein Nachlaßstück ist, sondern von den Miterben aus ihren Mitteln bezahlt wird, unmittelbar vom Erblasser ererbt habe, doch die abfindenden Miterben nach art. 883 so anzusehen sind, als seien sie von Anfang an alleinige Eigenthümer der Immobilien gewesen, und dies folgeweise dahin zu führen scheint, daß ein ideelles Miteigenthum des abgefundenen Ehegatten bis zur Zeit der Abfindung daneben nicht bestehen kann, vielmehr rückwärts annullirt wird, mithin auch hier keine Illation eines Immobiliarrechts erfolgt ist. Auch ist unter den älteren Französischen Rechtsgelehrten vor **Pothier** dieser Punct streitig gewesen.

Pothier l. c. Nr. 99.

Allein **Pothier**

ebendaselbst

hat sich ganz entschieden und unzweifelhaft für die entgegengesetzte

Meinung, nämlich dafür erklärt, daß in diesem Falle das fragliche Princip keine Anwendung finde und daher die Abfindungssumme, als der Preis für ein veräußertes unbestimmtes Immobiliarrecht, nicht zu der Gütergemeinschaft gehöre; diese Meinung findet sich mit derselben Bestimmtheit bei

Merlin repertoire, Communauté p. 557, vergl. auch Partage p. 42 u. 47

und der Kläger hat nicht vermocht, irgend einen neueren Schriftsteller über das Französische Recht anzuführen, welcher eine hiervon abweichende Ansicht ausspräche. Zachariä, auf welchen er sich beruft, redet in der von ihm citirten Stelle — Bd. 3 p. 162 — nicht von diesem, sondern von dem ersten Falle, und tritt vielmehr in einer anderen Stelle

Bd. 3 p. 165 u. nte. 14

für den zweiten Fall der Meinung von Pothier bei, nur mit einer, für die vorliegende Sache unerheblichen, Unterscheidung. Diese Lehre ist daher als das in Frankreich geltende und von den dortigen Gerichten angewandte Recht zu betrachten, und es ist, zumal bei einer jedenfalls zweifelhaften Frage, um so mehr dabei stehen zu bleiben, da bekanntlich gerade bei der ehelichen Gütergemeinschaft das Werk von Pothier die Quelle und Grundlage des Code civil ist. Nun aber liegt hier nach den Behauptungen der Beklagten dieser zweite Fall vor, und daher ist ihr Anspruch allerdings für rechtlich begründet zu achten.

50. Gesetzliche Gütergemeinschaft nach französischem Rechte. Eine dem einen Ehegatten von seinem Vater gemachte Schenkung einer Geldsumme.

Soviel den dritten Posten von fl. — betrifft, so ist derselbe nach dem klaren Inhalte des Notariats-Instruments vom 9. Januar 1810 — — — eine reine und einfache, der Beklagten von ihrem Vater gemachte Schenkung unter Lebenden; und daher kann als Begründung dieses Anspruches nur das Anführen der Beklagten in Betracht kommen, daß sie nach art. 843 des Code civil verpflichtet gewesen, diese Schenkung zu conferiren, und daß ihr deßhalb dieselbe bei ihrer Abfindung vom väterlichen Nachlasse durch ihre Brüder als ein conferendum angerechnet und die Abfin-

dungssumme von fl. — um so viel geringer festgesetzt worden sei. Die außerdem noch vorkommenden Aeußerungen ihres Sachführers, worin jener Posten eine Abschlagszahlung auf den künftigen väterlichen Nachlaß genannt wird, können unter diesen Umständen — selbst wenn sie, was nach der Erklärung in der jetzigen Vernehmlassung sehr zweifelhaft ist, noch etwas Anderes bedeuten sollen, als daß die Schenkung, eben wegen ihrer Eigenschaft als conferendum, sich rechtlich so verhalte — überall nicht beachtet werden.

Hiernach erscheint nun aber dieser Anspruch der Beklagten als rechtlich unbegründet und mußte daher, dem Antrage des Klägers gemäß, sofort abgewiesen werden. Denn

1. jene, in einer Geldsumme bestehende Schenkung war als solche nach

art. 1401 Nr. 1 des Code civil

in die Gütergemeinschaft gefallen, mithin zur Hälfte Eigenthum des Ehemannes der Beklagten geworden; und wenn der Beklagten später bei der Erbtheilung mit ihren Brüdern diese Summe als conferendum angerechnet und deßhalb ihre Abfindung um so viel geringer festgesetzt worden ist, so war dies nur etwas, was sie sich für ihre Person im Verhältniß zu ihren Brüdern gefallen lassen mußte, wodurch aber die ursprüngliche Natur des Illatums nicht zum Nachtheile ihres Ehemannes verändert und dessen einmal daran erworbenes Recht nicht rückgängig gemacht werden konnte.

2. Wollte man aber auch diesen Posten im Verhältnisse zu der Gütergemeinschaft und zu dem Ehemanne der Beklagten lediglich als ein ihr bei der Erbtheilung angerechnetes conferendum behandeln, so würde dies ganz zu demselben Resultate führen. Denn alsdann würde dieses Geld in Folge der Collation als ein Theil des väterlichen Nachlasses selbst zu betrachten, mithin nach den in der vorigen Nummer ausgeführten Grundsätzen des französischen Rechts die Beklagte so anzusehen sein, als ob sie nur dieses Geld ererbt und an den dafür ihren Brüdern zugefallenen Immobilien niemals einen Antheil gehabt hätte, und es würde sonach aus diesem Gesichtspuncte der Posten als Mobiliar-Illatum zu der Gütergemeinschaft gehören.

XX.

M. B. Goldschmidt als Administrator der Hendle Marx Glogau'schen Stiftung dahier, Kläger

contra

den Vorstand der israelitischen Gemeinde dahier, Beklagten.

Die am 19ten Tage des Monats Tisri des Jahres 5505 (26. September 1744) verstorbene Hendle Glogau, verehelichte Moses Braunschweig, überlieferte dem hiesigen israelitischen Gemeindevorstand die Summe von 1800 Reichsthalern, um deren Zinsen zu fünf vom Hundert nach Brauch mit neunzig Reichsthalern zu milden Zwecken unter Aufsicht von Administratoren zu verwenden. Als die israelitische Gemeinde am 1. Januar 1845 die Zinsen auf 4 % herabsetzen wollte und der Administrator dieser Glogau'schen Stiftung nicht darauf einging, notificirte demselben der Vorstand der israelitischen Gemeinde, daß das Capital selbst mit fl. 2700 an demselben Tage zurückgezahlt werde. Kläger verlangt nun die Rückzahlung im fl. 18, resp. in Gemäßheit der Rathsverordnung vom 3. Februar 1766 im fl. 22 Fuß zurück. Nachdem Kläger noch bei Beginn des Rechtsstreites die Summe von fl. 2700 salvo utriusque partis jure empfangen hatte, verurtheilte das Stadtgericht am 30. Mai 1845 den Beklagten zur Zahlung der Differenz nach dem fl. 22 Fuß sammt Zinsen unter Vergleichung der Kosten.

Auf beiderseitige Appellation wurde dies Urtheil vom Appellationsgerichte am 4. August 1845 und auf Oberappellation des Beklagten unter dessen Verurtheilung in die Kosten vom Oberappellationsgerichte am 20. Juli 1846 bestätigt.

51. Geldzahlungen. Veränderungen des Münzfußes.

Da beide Theile darüber einverstanden sind, daß der beklagtische Vorstand die 1800 Rthlr., von deren Rückzahlung es sich gegenwärtig handelt, im Jahre 1744 empfangen hat, es ferner ein ausgemachter, auch von dem Beklagten an sich nicht bestrittener und für Frankfurt in der Reformation II. 24 § 6 bestimmt ausgesprochener Grundsatz ist, daß eine früher contrahirte Schuld bei inzwischen eingetretener Veränderung des Münzfußes nach dem inneren Werthe des Geldes zur Zeit des Contracts zu berichtigen sei und der Beklagte nach Maßgabe der ebenfalls völlig klaren, auf diesem Principe sich gründenden Bestimmung der Verordnung vom 3. Februar 1766 § 7 u. 8 nur verurtheilt ist, die empfangenen 1800 Rthlr. nach dem fl. 22 Fuße zurückzuzahlen, so kommt es lediglich auf die Einwendungen an, weßhalb der Beklagte dazu nicht schuldig zu sein vermeint; und diese stellen sich sämmtlich als so unbegründet dar, daß die Verwerfung der Appellation nicht dem mindesten Zweifel unterliegen konnte. Wenn nämlich der Beklagte es bestreitet, daß die im Jahre 1744 empfangenen 1800 Rthlr. überall einen höheren Werth als den von fl. 2700 des fl. 24 Fußes gehabt haben und dafür

1. den Grund geltend macht, daß die Verschreibung auf Reichsthaler laute, also auf eine fingirte oder bloße Rechnungsmünze, auf welche die Bestimmung der Ref. II. 14 § 6 und der Verordnung vom 3. Mai 1766 keine Anwendung leide, weil der Reichsthaler immer ganz unabhängig von den Veränderungen des Münzfußes den Werth von 90 Kreuzern repräsentire, — so ist dieser Grund ein durchaus frivoler. Denn der Umstand, daß eine Schuld nur der Summe nach bestimmt ist, bewirkt zwar, daß sie nicht in bestimmten Geldsorten bezahlt zu werden braucht, befreiet aber, da namentlich beim Darlehen doch immer Geld eines bestimmten Münzfußes empfangen ist, nicht von der Verbindlichkeit der Rückzahlung nach dem Werthe zur Zeit des Empfanges, was noch zum Ueberfluß in Beziehung auf Schulden, die in Reichsthalern contrahirt sind, von Orth an einer vom Beklagten selbst citirten Stelle ausdrücklich bemerkt wird,

Orth Anmerk. Th. I. p. 665 init.

und wobei um so weniger Bedenken sein kann, als die Reichsthaler ebensowohl, wie die Gulden, je nach der Verschiedenheit des Münzfußes einen verschiedenen Werth haben.

2. Wenn der Beklagte aber sich darauf beruft, daß es ja gar nicht constire, ob die Einzahlung des Capitals im Jahre 1744 nicht in solcher Scheidemünze geschehen sei, welche überall keine Verringerung erfahren, sondern immer ihren Werth behalten habe, so war es zwar allerdings in jener Zeit nicht ungewöhnlich, selbst größere Capitalien in Scheidemünze anzulegen und dabei die Verschreibungen auf fl. zu 60 oder Rthlr. zu 90 Kreuzern zu stellen. (Orth a. a. O.) Allein

a. da nach dem Reichsabschiede von 1576 § 76 Niemand eine höhere Summe als fl. 25 in Scheidemünze anzunehmen verpflichtet ist, mithin die Präsumtion dagegen streitet, daß es im vorliegenden Falle geschehen sei, so müßte Beklagter den Beweis davon übernehmen; da er aber in diesem Sinne, als etwas von ihm zu Erweisendes, das Factum gar nicht behauptet, sondern es nur als ein mögliches hingestellt hat, so konnte schon aus diesem Grunde von einem darüber nachzulassenden Beweise nicht die Rede sein. Es konnte dies

b. aber auch deßhalb nicht, weil das Factum ein völlig unerhebliches ist, indem in der Verordnung vom 3. Februar 1766 § 8 gerade wegen der Ungewißheit, in welcher Münze eine ältere Schuld contrahirt sein möchte, der fl. 22 Fuß als ein billiger Durchschnitt festgesetzt worden ist, während abgesehen davon der fl. 18 Fuß als Norm hätte angenommen werden müssen, da dieser im Jahre 1744 der gesetzliche Münzfuß war.

Orth Anmerk. Th. I. p. 619.

52. Münzveränderung. Verzicht und Verjährung. Rentenkauf. Einfluß der Verringerung der Rente auf das rückzuzahlende Capital.

Ebenso unerheblich sind die Gründe, aus welchen der Beklagte behauptet, daß die Forderung auf einen etwaigen ursprünglichen Mehrwerth der 1800 Rthlr. später erloschen sei. Denn

1. daraus, daß die Zinsen seit über 50 Jahren im fl. 24 Fuße bezahlt und angenommen worden sind, folgt nur, daß Kläger das

Recht verloren hat, selbst für die Zukunft die Zinsen nach einem schwereren Münzfuße zu verlangen.

L. 13 pr. D. de usuris (22, 1)

L. 5 C. eod. (4, 32)

Dagegen streitet die weiter daraus gezogene Folgerung, daß nun auch das Capital nur im fl. 24 Fuße verlangt werden könne, insofern sie

a. aus einem Verzichte hergeleitet wird, gegen die Regel von dessen stricter Interpretation, und insofern

b. eine Verjährung behauptet wird, gegen den klaren Satz, daß der Verlust des Accessoriums nicht den der res principalis zur Folge habe, so wie gegen die Regel, daß die Präscription nicht weiter greifen könne, als der Besitz, da hier der Beklagte sich nur im Besitz der Zinszahlung in leichtem Gelde befunden hat. Denn wenn sich Letzterer darauf beruft, daß die Zinsen im fl. 24 Fuße denn doch immer als wie Zinsen zu 5 Procent des Capitals angenommen worden seien, hierin aber die deutliche Erklärung liege, daß das Capital selbst in jenem Münzfuße zu berechnen sei, so ist gerade dies nach den obigen Grundsätzen irrig.

Berger elect. discept. forens. Tit. 50 obs. 3 Not. 3

Wernher observ. for. p. 6 obs. 339

Schmid rechtl. Entsch. p. 401

Orth Anmerk. Th. I. p. 667 — 668. Forts. I. p. 560.

Nun beruft sich freilich der Beklagte

2. darauf, daß hier kein zinsbares Darlehn, sondern eine ewige, wenngleich ablösliche Rente vorliege, bei welcher nach der analog anzuwendenden Bestimmung der Ref. II. 7 § 16 auch eine bloße Verringerung der Rente eine entsprechende Verminderung des Ablösungscapitals erzeuge. Allein zuvörderst

a. ist schon jetzt klar, daß es sich hier von einem gewöhnlichen Darlehn handelt. Denn der Ausdruck „ewiges Capital" in der Stiftungsurkunde bezeichnet offenbar nur die Natur der Stiftung, zu der das Capital auf ewige Zeiten bestimmt sein solle und kann um so weniger genügen, hier einen Rentenkauf anzunehmen, als in derselben Urkunde von „Zinsen des Capitals" die Rede ist — ein mit dem Rentenkauf unverträglicher Ausdruck; wie denn der

Beklagte selber früher die Rentenqualität sehr entschieden bestritten hat. Sodann aber

b. würde selbst aus dieser Qualität nichts zu Gunsten des Beklagten folgen. Denn bei jedem Rentenkaufe findet die principale Verbindlichkeit statt: die Rente, so wie sie gekauft ist, alljährlich zu bezahlen, jedoch mit der Befugniß, durch Rückzahlung der empfangenen Kaufsumme die Rente abzulösen. Wenn nun die ganze Rente durch Verjährung erloschen ist, so kann freilich vom Rückkaufe derselben nicht ferner die Rede sein, und kommt folgeweise auch die Größe der Rückkaufssumme gar nicht in Frage. Wenn dagegen, sei es durch Verzicht, sei es durch Verjährung, eine bloße Verringerung der Rente eingetreten ist, so bleibt mit der Möglichkeit des Wiederkaufs auch die ganz selbstständige Verbindlichkeit der Effectuirung desselben durch Rückzahlung des empfangenen Kaufpreises

Reform. II. 7 § 16

unverrückt bestehen, da eine Vorschrift, daß dieser Kaufpreis sich in demselben Verhältnisse, wie der Werth der Rente, mindere oder mehre, nirgends besteht.

XXI.

Carl August Sprenger dahier, Impetrant
contra
die Bauamts=Eisenbahn=Commission dahier, Impetraten.

Das Oberappellationsgericht erklärte am 10. September 1846 die gegen das Erkenntniß des Appellationsgerichts vom 25. Mai 1846 ergriffene Appellation wegen Versäumung der Nothfrist für desert.

XXII.

Maria Meister aus Soden, Klägerin
contra
den Curator des Carl Maximilian Schultze'schen Nachlasses dahier, Beklagten.

Das Oberappellationsgericht erklärte am 15. September 1847 die gegen das Erkenntniß des Appellationsgerichts vom 19. Juni 1846 ergriffene Appellation für desert, weil der mit einer Bitte um Frist zur Rechtfertigung verbundenen Appellations-Einführung die Beschwerden gegen das vorige Erkenntniß nicht beigefügt waren.

XXIII.

Johann Jacob (Xaver) Löchler's Intestaterben, Kläger
contra
die Joseph Anton Bögner's Erben, Beklagte.

Gegen ein am 10. September 1845 von dem Spruchcollegium zu Gießen ergangenes Urtheil, in welchen den Klägern auferlegt war, eine weitere Proceßkostencaution von fl. 100, bei Vermeidung mit jedem weiteren Antrag ohne Weiteres abgewiesen zu werden, binnen 14 Tage zu stellen, führten die Kläger die Oberappellation aus. Da Beklagte vor weiterer Verhandlung auf Erfüllung jener Auflage bestanden, so stellte das Oberappellationsgericht zuletzt auf Antrag der Beklagten den Klägern eine letzte Frist, bei

Vermeidung angebrachter Maßen unter Verurtheilung in die Kosten abgewiesen zu werden. Auf Anrufen der Beklagten brachte das Oberappellationsgericht am 22. September 1846 dieses Präjudiz in Ausführung.

XXIV.

Cornelia Catharina Hundt, vorher verehelicht gewesene Schwarzbauer, geb. Müller dahier, Klägerin

contra

ihren Ehemann Joh. Caspar Christoph Wilhelm Hundt dahier, Beklagten.

Nachdem alsbald nach Erlaß des Appellationsgerichts-Decrets vom 29. April 1846 der beklagtische Anwalt sein Mandat gekündigt, falls ihm nicht eine weitere Kostenvorlage gemacht werde, suchte Beklagter in Assistenz eines anderen Anwalts um Restitution gegen die von ihm versäumte Nothfrist der Oberappellation nach. Das Oberappellationsgericht erkannte am 28. September 1846, daß die Oberappellation als desert zu verwerfen, das Restitutionsgesuch abzuweisen sei.

53. Restitution wird nur wegen Fahrlässigkeit des Anwalts, nicht der Parthei ertheilt.
(Bd. I. Nr. 131.)

Wenn die Nothfrist nicht eingehalten wurde, so ist dies nicht Folge einer Versäumung des früheren Anwalts des Beklagten. Vielmehr ist es schon jetzt klar, daß der Beklagte seinerseits sich einer Fahrlässigkeit in der Sache schuldig gemacht hat, die ihm den Anspruch auf Restitution entzieht.

L. 16 D. ex quib. caus. maj. (4, 6)

XXV.

Die Intestaterben des weiland Bendermeisters Johann Adam Rühl dahier, Kläger

contra

des gedachten J. A. Rühl nachgelassene Wittwe Anna Dorothea Kunze, geb. Leber dahier, nunmehr deren Immobiliar-Intestaterben, Beklagte.

J. A. Rühl setzte in einem mystischen *) Testamente seine Ehefrau zur alleinigen Erbin ein. Nach dem Tode des J. A. Rühl wurde dieses Testament von Notar und Zeugen geöffnet, jedoch in dem darüber errichteten Notariatsacte nicht constatirt, daß das später bei Gericht überreichte Testament sich in dem ebenfalls überreichten Umschlage befunden habe, indem über den Eröffnungsact eine besondere Urkunde errichtet wurde. Auf Klage der Intestaterben des J. A. Rühl wurde der Beklagten rechtskräftig der Beweis nachgelassen, daß das von ihr producirte angebliche Testament ihres verstorbenen Ehemannes Johann Adam Rühl vom 12. März 1813 sich in dem ad [2] act. producirten Umschlage bis zu der nach dem Tode ihres Ehemannes erfolgten Eröffnung desselben befunden habe. Auf die geführten Beweisverhandlungen erkannte das Stadtgericht am 16. Mai 1838 auf den Erfül-

*) J. A. Rühl errichtete am 12. März 1813 — zufolge seiner damals vor einem Notar und sechs Zeugen abgegebenen Erklärung — ein von einem Anderen geschriebenes und besiegeltes Testament, dessen Umschlag nach Vorschrift des art. 976 des code civil von Notar, sechs Zeugen und dem Testator überschrieben ward, unter Beidrückung des Notariatssiegels, welches letztere in keinem Bezug zu dem lediglich mit des Testators Siegel bewerkstelligten Verschluß des Umschlags stand.

lungseid der Beklagten. Auf Appellation der Kläger wurde dies Urtheil unter Verurtheilung derselben in die Kosten bestätigt vom

Appellationsgerichte am 6. Juli 1838

Oberappellationsgerichte am 30. September 1846.

Das letztere Gericht verwies wegen der durch den Tod der Beklagten und das Auftreten deren Immobiliar-Intestaterben nöthig werdenden abgeänderten Fassung des Erfüllungseides (als Glaubenseides) die Partheien an das Stadtgericht.

54. Verzicht auf den Gegenbeweis.

Auf den directen Gegenbeweis haben die Kläger dadurch von selbst verzichtet, daß sie den Actenschluß, ohne einen Gegenbeweis anzutreten und ohne Widerspruch haben geschehen lassen und auch in den beiden oberen Instanzen nirgends auf denselben zurückgekommen und keine Beschwerde über dessen Abschneidung erhoben haben.

Bender Frankf. Civilproc. § 61 nte. 6.

55. Mystische Testamente nach französischem Rechte.

Bei dem der Beklagten auferlegten Beweise besteht dessen wesentlicher Gegenstand in der Aechtheit des von ihr producirten Testaments, d. h. daß dieses Testament wirklich dasselbe sei, was ihr verstorbener Ehemann am 12. März 1813 errichtet hat. Dabei ist das genauere Beweisthema rechtskräftig dahin festgesetzt worden, „daß das von ihr, der Beklagten producirte Testament ihres verstorbenen Ehemannes Joh. Adam Rühl vom 12. März 1813 sich in dem ad [2] act. producirten Umschlag bis zu der nach dem Tode ihres Ehemannes erfolgten Eröffnung desselben befunden habe.“ Hiernach gehören denn zur vollständigen Erbringung des Beweises freilich drei verschiedene Puncte, nämlich

1. daß das zu den Acten gebrachte Testament dasselbe sei, welches der Notar Hauff und die Instrumentszeugen bei der am 24. Februar 1829 erfolgten Eröffnung in dem versiegelten Umschlage vorgefunden haben;

2. daß auch der zu den Acten gebrachte Umschlag derselbe sei, welchen jene Personen eröffnet haben, und

3. daß jenes Testament sich bis zu dieser Eröffnung in dem gedachten Umschlage befunden habe.

In Ansehung der beiden letzten Sätze ist aber vor Allem zu bemerken:

Ad. 2. daß es hierbei nach den klaren Worten des Beweis-Interlocuts nur auf den Beweis der Idendität des producirten Umschlages mit dem am 24. Februar 1829 eröffneten ankommt und ein besonderer Beweis über dessen Aechtheit, d. h. darüber, daß dieser Umschlag auch derjenige sei, welchen der Testirer am 12. März 1813 dem Notar Bayer und den Testamentszeugen vorgelegt hat, überall nicht erforderlich ist. Denn dieses ergibt sich von selbst aus der auf dem producirten Umschlage befindlichen, von dem Notar und den Zeugen unterzeichneten und mit dem Notariatssiegel (in welchem auch jetzt noch der Name Bayer deutlich zu erkennen ist) beglaubigten Aufschrift, welche alle Erfordernisse einer unverdächtigen öffentlichen Urkunde an sich trägt und daher eines besonderen Beweises ihrer Aechtheit nicht bedarf;

Arch. für die civ. Prax. Th. 2 Abh. 32 p. 320
Martin Lehrbuch des Processes § 207 nte. k.
Linde Lehrbuch des Proc. § 286 ed. III.

Ad. 3. daß es zu Erbringung dieses Beweises genügend angesehen werden muß, wenn nur die völlige Unverletztheit der den Umschlag verschließenden Siegel zur Zeit der Eröffnung hinreichend dargethan wird. Denn der Zweck des der Beklagten auferlegten Beweises besteht, wie dies schon der Zusammenhang der Sache von selbst ergibt und auch in den Gründen des Beweis-Interlocuts deutlich gesagt ist, nur darin, den aus der gesetzwidrigen Eröffnung des Testaments entstandenen Mangel zu ergänzen, und das, was sonst durch die gerichtliche Eröffnung constatirt sein würde, jetzt auf anderem Wege nachzuweisen, keineswegs aber auch solche Puncte noch vollständiger zu beweisen und zu unumstößlicher Gewißheit zu bringen, die auch bei einer in gesetzmäßiger Form erfolgten Eröffnung keinen größeren Grad von Gewißheit gehabt haben würden, als wie jetzt auch. Die Gewißheit aber, daß das bei der Eröffnung eines mystischen Testaments in dem Umschlage vorgefundene Testament auch wirklich dasjenige sei, was der Testirer

zur Zeit der Errichtung in denselben hineingelegt hat, beruht auch bei genauerer Beobachtung der gesetzlichen Vorschrift über die Eröffnung

Code civil art. 1007

vor allen Dingen auf der Unverletztheit der Siegel, womit der Umschlag sich verschlossen findet, indem die französischen Gesetze bei dieser Gattung von Testamenten keine andere Vorschriftsmaßregeln gegen Unterschiebung eines falschen letzten Willens angeordnet haben, sondern wenn nur die Siegel sich unverletzt finden und kein Grund, um an der Richtigkeit der Unterschrift des Testirers zu zweifeln, vorhanden ist, so wird das vorgefundene Testament bis zum Beweise des Gegentheils für das wahre und richtige angenommen.

Vergl. Toullier droit civil Français liv. 3 tit. 2 § 462

Demnach muß auch im vorliegenden Falle der Beweis, daß die Versiegelung des Testaments zur Zeit der Eröffnung noch völlig unverletzt gewesen ist, für hinreichend angesehen werden, um darzuthun, daß das vorgefundene Testament dasselbe sei, welches vom Testirer vollzogen worden ist.

Zwar wollen die Kläger diese Vermuthung im vorliegenden Falle deßhalb nicht gelten lassen, weil der Umschlag bloß mit dem eigenen Pettschafte des Testirers versiegelt worden ist, die Beklagte aber gleich bei dem Tode ihres Ehemannes in den Besitz sowohl des Testaments als des Pettschafts gekommen und daher leicht im Stande gewesen sei, ein anderes Testament unterzuschieben. — Allein dies sind durchaus keine ungewöhnlichen Umstände. Die Versiegelung der mystischen Testamente mit dem eigenen Pettschaft des Testirers ist vielmehr in Frankreich so durchaus üblich, daß die Schriftsteller sich sogar zu bemerken veranlaßt gefunden haben, der Gebrauch des eigenen Pettschafts des Testirers sei keine absolute Nothwendigkeit.

Maleville Analyse du Code civil ad art. 976 T. 2 p. 450
Toullier l. c. § 463 nte. 2
Duranton Cours de droit civil liv. 3 tit. 2 chap. 5 § 124.

Und ebenso ist nirgends vorgeschrieben, daß das errichtete mystische Testament beim Notar oder in der Gerichts-Canzlei oder

sonst wo deponirt werden müsse, sondern vielmehr ganz gewöhnlich, daß der Testirer dasselbe in seinem eigenen Gewahrsam behält.

Code de procédure art. 916. 917.

Es muß sich daher häufig ereignen, daß die nächsten Angehörigen des Testirers, welche sich demnächst im Testamente zu Erben eingesetzt finden, ebenso wie in unserem Falle die Wittwe, gleich mit dem Tode des Erblassers in den Besitz des Testamentes sowohl, als des Pettschaftes gelangen und wenigstens bis zu einer etwaigen Versiegelung des Nachlasses bleiben. Daher bietet der vorliegende Fall von dieser Seite durchaus nichts Außerordentliches dar, wodurch die sonst aus der Unverletztheit der Siegel entnommene Präsumtion für die Aechtheit des Testaments ausgeschlossen würde und man wird hier um so sicherer darauf fußen können, da der nähere Anblick der Siegel durchaus dafür spricht, daß eine Eröffnung und demnächstige neue Versiegelung des Umschlags nicht wohl stattgefunden haben könne.

56. Notariatsurkunde. Beweiskraft derselben, wenn der Notar später aufgehört hat, gültiger Zeuge in dem betreffenden Processe zu sein.

Die von dem Notar Hauff über die Eröffnung des Testaments errichtete Notariatsurkunde trägt freilich wegen ihres mangelhaften Inhaltes zum Beweise wenig bei, allein für die Facta, welche darin wirklich bezeugt sind, hat dieselbe ohne Zweifel volle Beweiskraft. Denn daß der Notar Hauff in Folge späterer Ereignisse aufgehört hat, ein gültiger Zeuge in diesem Processe zu sein, kann einer Urkunde, die er vor diesen Ereignissen und selbst noch vor Anfang des Processes errichtet hat, ihre Gültigkeit nicht entziehen, sondern es verhält sich damit ebenso, als wenn ein Notar, der früher ein Instrument zu Gunsten einer gewissen Person aufgenommen hat, später in Verwandtschaftsverhältnisse mit derselben tritt.

57. Die zu einem Notariatsact beigezogenen Zeugen als Proceßzeugen.

Der den Zeugen Haag und Ulzheimer gemachte Vorwurf, daß sie in re illicita versirten, weil die außergerichtliche Eröffnung des Testaments, woran sie Theil genommen, eine gesetzwidrige

Handlung sei, ist ganz leer. Wenn es auch dem Notar Hauff zum Vorwurf gereicht, daß er sich derselben unterzog, und die Wittwe nicht auf das nach dem Gesetze zu beobachtende Verfahren hinwies, so kann es doch den Zeugen, als der Rechte unkundigen Leuten, nicht verdacht werden, wenn sie der Aufforderung eines rechtskundigen Notars zu einem Acte Folge leisteten, welcher durchaus nichts Unerlaubtes, sondern nur eine große Unvorsichtigkeit enthält, die sie als solche zu erkennen nicht im Stande waren.

Der spätere Vorwurf, daß die Instrumentszeugen als testes in propria causa anzusehen seien, wird, wenn man seine Begründung auf klare Worte reducirt, darauf gestützt, daß sie durch ihr Zeugniß den Verdacht von sich abzulehnen suchten, zur Unterschiebung eines falschen Documents, wenn auch nur durch Fahrlässigkeit, beigetragen zu haben. Hiervon könnte jedoch offenbar erst dann die Rede sein, wenn es ausgemacht oder doch in hohem Grade wahrscheinlich wäre, daß das producirte Testament wirklich falsch sei, wofür aber auch nicht das mindeste Indicium vorhanden ist, und mit gleichem Grunde könnte man jedem Zeugen, der gegen die Existenz eines bestimmten Verbrechens zeugt, den Vorwurf machen, daß er Zeuge in eigener Sache sei, weil er den Verdacht, selbst das Verbrechen begangen oder dazu mitgewirkt zu haben, von sich abzuweisen sucht.

58. Beweis eines Testaments durch Zeugen.

Die Kläger haben dem ganzen Zeugenbeweise noch den Einwand entgegengestellt, daß zum Beweise eines Testaments, zu dessen Errichtung so viel mehr Zeugen gehörten, nur zwei Zeugen niemals hinreichen könnten, weil sonst die Vorschrift über die zur Errichtung erforderliche größere Zahl völlig zwecklos sein würde. — Der Einwand ist aber auch an sich ungegründet. Zwar ist es eine bekannte Streitfrage, ob der Beweis eines letzten Willens schon durch zwei Zeugen geführt werden könne oder dazu sämmtliche bei dessen Errichtung adhibirte Zeugen erforderlich seien,

Vergl. Muller observat. ad Leyser. T. 3 obs. 627
Glück Pandecten Th. 7 p. 503 ss.

wobei jedoch die überwiegende Mehrzahl der Practiker und der

Gerichtsgebrauch sich entschieden für die erste Meinung erklärt haben.

Carpzow jurisprud. forens. P. 3 const. 3 def. 41
Mevii decis. P. 4 decis. 13
Berger Oecon. juris l. 2 tit. 4. th. 3 nte. 5
Leyser medit. ad Pand. sp. 354 med. 4
Pufendorf Observat. T. 1 obs. 141
Quistorp Beiträge Abth. 16 p. 231 ed. 2.

Allein im vorliegenden Falle steht ja keineswegs der Beweis des Testaments selbst oder seiner gehörigen Errichtung in Frage, sondern es sind nur bestimmte spätere Ereignisse darzuthun, durch deren Nachweisung der Mangel einer den gesetzlichen Vorschriften entsprechenden Eröffnung ergänzt werden soll, weßhalb denn jene Streitigkeit hier gar nicht einschlägt, sondern es in Ermangelung besonderer, diesen Gegenstand betreffender Vorschriften bei der allgemeinen Regel bleiben muß, daß zwei Zeugen zum Beweise hinreichen.

59. Richterlicher Eid bei facta aliena.

Wenn zwei Partheien einander gegenüber stehen, die beide gleich wenig von der Sache wissen, so muß, wenn eine Eidesleistung nun einmal nicht vermieden werden kann, natürlich diejenige Parthei vorzugsweise zum Eide gelassen werden, welche schon einen so gut wie vollständigen Beweis für sich hat.

XXVI.

Leopold Gumbertz dahier, Kläger u. Widerbeklagter

contra

Veit Mehling von Frickenhausen, Beklagten u. Widerkläger.

Das Oberappellationsgericht ertheilte am 17. October 1846 dem Beklagten Restitution gegen die Versäumung der Einführungsfrist seiner wider das Erkenntniß des Appellationsgerichts vom 30. März 1846 verfolgten Appellation.

XXVII.

Die Intestaterben des weiland Landamtmanns Ignaz Nepomuk Braun dahier, Kläger

contra

die Gemeinde Niedererlenbach, Beklagte.

Die Gemeinde Niedererlenbach hatte am 9. August 1797 von dem Glasermeister Breiter und dessen Ehefrau zu Vilbel ein Darlehn von fl. — zu 4 % jährlicher Zinsen aufgenommen und darüber mit landamtlichem Consense durch die damaligen Vertreter der Gemeinde, den Schultheißen und das Feldgericht, eine Schuldverschreibung aufnehmen lassen, die zwar keinerlei Pfandbestellung enthielt, dennoch aber dem gerichtlichen Hypothekenbuche einverleibt wurde. Dieses Capital, von den Breiter'schen Erben gekündigt, wurde am 21. Februar 1822 von dem Gemeinde-Einnehmer an diejenigen, welche sich als diese Erben oder resp. deren Bevollmächtigte auswiesen, gegen Zurücklieferung der quittirten

Obligation ausgezahlt. Der Text der Quittung unter der Schuldverschreibung lautet wörtlich: „da der Gemeinde-Einnehmer Philipp Rach das bei der Gemeinde Niedererlenbach gestandene Capital mit fl. — nebst Zinsen im fl. 24 Fuß abgetragen hat, so quittiren die Erben den Empfang, cediren die Obligation zum sachdienlichen weiteren Gebrauch, mittelst Begebung ihrer Rechte an dem Insatz. So geschehen Vilbel den 21. Februar 1822."

Landamtmann Braun hatte den Betrag jenes Capitals bereits am 20. Februar 1822 dem Gemeinde-Einnehmer Rach ausbezahlt, der das Geld, wie oben erwähnt, zur Abtragung jenes Insatzes verwendete. Im Jahre 1825 erkannten die Vertreter der Gemeinde noch ausdrücklich an, daß jener Insatz dem neuen Gläubiger zugeschrieben werden könnte, und trugen ferner ein allgemeines Unterpfandrecht auf das ganze Vermögen der Gemeinde in dem damals neu errichteten Hypothekenbuche ein. Das Capital selbst wurde dem Landamtmann Braun bis zum Jahre 1828 mit 5 %, von da an mit 4½ % verzinst.

Da die Gemeinde Niedererlenbach zu Ende des Jahres 1839 das fragliche Capital kündigte, wurde die Geldsumme vorerst auf dem Rechneiamte deponirt, bis nach einem Beschlusse des Landjustizamtes vom 12. December 1840 die Braun'schen Intestaterben die Umschreibung des fraglichen Capitals auf Landamtmann Braun als Gläubiger bei der landamtlichen Hypothekenbehörde bewirkt habe. In einem späteren Beschlusse des Landjustizamtes vom 23. Oktober 1841 wurde den gedachten Erben auch alternativ gestattet, zur Erhebung der deponirten Summe dadurch zu gelangen, daß sie die Cassirung des Breiter'schen Insatzes bewirken würden.

Die Braun'schen Erben traten nunmehr gegen die Gemeinde Niedererlenbach mit einer Klage auf Zahlung der von ihrem Erblasser dargeliehenen Geldsumme auf.

Das Stadtgericht erkannte am 7. Februar 1842 unter Verurtheilung der Kläger in die Kosten, daß die Beklagte nicht verbunden sei, die Zurückzahlung des in deposito befindlichen Betrags von fl. — an die Kläger vor Erledigung der denselben im landamtlichen Beschluß vom 12. December 1840 gemachten Auflage

zu leisten. Auf Appellation der Kläger erkannte unter Kostencompensation das Appellationsgericht am 23. Mai 1842 dahin abändernd, daß die Kläger entweder die Umschreibung des Capitals auf Landamtmann Braun als Gläubiger bei der landamtlichen Hypothekenbehörde oder die Cassirung des Breiter'schen Insatzes zu bewirken haben und daß die Kosten erster Instanz zu compensiren seien. Auf Oberappellation der Kläger und Adhäsion des Beklagten erkannte unter Kostencompensation das Oberappellationsgericht am 27. October 1846 mit dem Zusatze bestätigend, daß die Kläger zu befugen seien, die Tilgung des Breiter'schen Insatzes mittelst Ausbringung einer Edictalladung und Erwirkung eines Präclusiv-Decrets gegen die Breiter'schen Erben herbeizuführen.

60. Zu welcher Zeit muß die Cession geschehen?

Völlig gewiß ist, daß die fragliche Schuld dem Landamtmann Braun keineswegs von den Breiter'schen Erben cedirt worden ist. Zwar läßt sich wohl annehmen, daß dies von ihm beabsichtigt wurde, weil es die einfachste Art war, in die Rechte des vorigen Gläubigers zu treten, ohne mit dem verwaltenden Landamte in Berührung zu kommen, woran ihm wohl gelegen sein konnte, weil er selbst Mitglied desselben war und die von ihm ausbedungene Erhöhung des Zinsfußes sich nicht wohl vertheidigen ließ. Allein die Cession geschah in Wirklichkeit nicht, wie dies mit vollem Rechte schon vom Appellationsgerichte angenommen ist. Die Quittung derjenigen Breiter'schen Erben, welche die Zahlung empfingen, unter der Schuldverschreibung nennt den Amtmann Braun überall nicht, sondern ergibt vielmehr, daß sie nur mit dem Gemeinde-Einnehmer Rach zu thun hatten und ihm die Obligation zum sachdienlichen weiteren Gebrauch cedirten. Er, Rach, hingegen hatte schon Tags zuvor vom Landamtmann Braun die zur Ablösung des Breiter'schen Capitals erforderliche Geldsumme Namens der Gemeinde Niedererlenbach als Vorschuß, d. h. als neue Anleihe empfangen, wie er selbst damals anerkannt hat und solches auch nachher auf der Obligation vom Schultheißen und dem Feldgerichte erklärt worden ist. Daraus folgt von selbst,

daß die Kläger weder schuldig, noch im Stande waren, dem Bescheide des Landamts vom 12. December 1840 Folge zu leisten. Denn dies würde voraussetzen, daß die inscribirte Breiter'sche Forderung durch Cession auf Braun übergegangen sei oder jetzt noch cedirt werden könnte, worauf auch das Stadtgericht alles Gewicht legte, indem es am 7. Februar 1842 erkannte, daß die Beklagte nicht verbunden sei, die in deposito befindlichen fl. — vor Erledigung der den Klägern im landamtlichen Beschlusse vom 12. December 1840 gemachten Auflage an dieselbe auszuzahlen. Nach dem Obigen hat aber die Cession an Braun nicht stattgefunden und würde auch jetzt nach längst getilgter Forderung nicht mehr geschehen können.

L. 76 D. de solut. (46, 3)

Mühlenbruch Cession 3te Aufl. § 39 sub III. p. 445.

61. Genehmigung des Landverwaltungsamtes bei Contrahirung von Schulden der hiesigen Landgemeinden. Versio in rem. Legitimation zur Ausbringung einer Edictalladung.

Es hat aber schon das Landjustizamt in dem späteren Beschlusse vom 23. October 1841 den Klägern neben dem, was in dem früheren Beschlusse vom 12. December 1840 verlangt wurde, alternativ gestattet, auch dadurch zu der Erhebung der deponirten fl. — zu gelangen, daß sie die Cassirung des Breiter'schen Insatzes bewirken würden. Und in dem Erkenntnisse des Appellationsgerichts ist ebenfalls den Klägern auferlegt worden, zur Erreichung ihres Zweckes, entweder die Umschreibung oder die Cassirung des Insatzes zu bewirken.

Wenn die Kläger jetzt auch hiermit noch nicht zufrieden sind, sondern mittelst ihrer Appellationsbeschwerden verlangen, daß ihnen die deponirten fl. — ohne Weiteres ausgezahlt werden, so war ihnen nicht zu willfahren, sondern vielmehr das vorige Urtheil zu bestätigen.

Sieht man nämlich, wie es nach dem Obigen nicht anders sein kann, den Vorschuß, welchen weiland Landamtmann Braun der Gemeinde Niedererlenbach zur Tilgung ihrer Schuld an Breiter's Erben gemacht hat, als eine neue Anleihe an, so war

dazu die Genehmigung des Landamtes erforderlich. Die Gesetze, worauf dies beruht, nämlich die im Jahre 1822 annoch gültige Schultheißen-Instruction von 1809 § 39 und die Gemeindeordnung von 1824 art. 60, worauf schon in dem Beschlusse vom 23. October 1841 und auch im vorigen Urtheile hingewiesen ist, sind darüber ganz deutlich, namentlich in der Beziehung, daß die Erlaubniß des Landamtes zur Anleihe an eine Landgemeinde selbst dann erforderlich ist, wenn damit eine ältere Schuld abgetragen werden soll. Und zur Erläuterung kann man auch die Instruction wegen der Bürgermeister-Rechnungen auf den Frankfurter Dorfschaften vom Jahre 1783,

Beyerbach Samml. v. Verordnungen Th. 2 p. 265 ff.

welche nirgends gänzlich aufgehoben ist, hierher ziehen. Dieselbe enthält nämlich § 11 nicht nur die Vorschrift, daß es vorher dem Landamte gebührend angezeigt werden solle, wenn neue Geldaufnahmen von Schultheiß und Gericht gemacht werden wollen, und daß darauf nach summarischer Untersuchung vom Landamte das Nöthige zu verfügen sei, sondern setzt auch ausdrücklich hinzu, daß alle ohne vorherige Verwilligung des Landamts geschehene Aufnahmen die Gemeinde als solche nicht binden mögen, sondern nur von denen Entlehnern aus ihrem eigenen Privatvermögen dem Creditor zurückzuzahlen seien.

Prüft man nun die Repliken, womit die Kläger den aus jenen Gesetzen hergenommenen Einwand des fehlenden landamtlichen Consenses haben beseitigen wollen, so sind solche bis auf die unten besonders zu berührende Replik der versio in rem durchaus verwerflich. Sie sagen nämlich:

1. das wirklich contrahirte Darlehn werde durch jenen Mangel doch nicht ungültig; allein dies kann dahin gestellt bleiben, da dasselbe jedenfalls für die Gemeinde unverbindlich ist, indem sonst die ganze Vorschrift auf eine leere Formalität hinauslaufen würde. Auch tritt hier schon die Analogie der Anleihen ein, welche von Pupillen ohne Zustimmung ihrer Vormünder gemacht werden, sowie derjenigen Handlungen, welche obervormundschaftlichen Consens erfordern, und ohne denselben vorgenommen sind. Dazu kommen nun noch die klaren Worte jener älteren Verordnung von

1783, welche ersichtlich die Quelle der hier anzuwendenden neueren Gesetze ist.

2. Die Kläger wollen ferner, daß die Genehmigung des Landamtes als beim Abschluß des Darlehns wirklich erfolgt angenommen werde. Dafür soll

a. schon eine Vermuthung sprechen, indem hier gerade der Landamtmann selbst das Geld hergeliehen habe. Allein die bloße Vermuthung ist noch kein Beweis, und wer eine in seinem eigenen Interesse erforderliche Handlung nachzuweisen hat, kann diese Nachweisung dadurch, daß er sich bloß auf seine Legalität beruft, niemals bewirken. In dem vorliegenden besonderen Falle würde überdies eine solche Vermuthung, wenn sie auch sonst vorhanden wäre, doch dadurch wieder aufgehoben werden, daß der Landamtmann sich scheuen mußte, dem verwaltenden Landamte die von ihm ausbedungene Erhöhung der bisher von der Gemeinde bezahlten Zinsen anzuzeigen. Stand sonach dem Landamtmanne selbst jene Präsumtion nicht zur Seite, so können seine Erben sich ebenfalls darauf nicht berufen.

Es soll aber auch, wie die Kläger vermeinen

b. in der vom Bürgermeister Rach unterschriebenen Quittung über die von Braun der Gemeinde vorgeschossenen fl. — ein wirklicher Beweis des landamtlichen Consenses zu finden sein, weil darin die Worte vorkommen „gemäß Vergünstigung." Allein wenn auch hierin ein Zeugniß enthalten wäre, obgleich jene beiden Worte bloß beiläufig eingeschaltet sind, so würde es doch nur das eigene Zeugniß des Landamtmannes Braun sein, indem beide Partheien darüber einverstanden sind, daß der Text dieser Urkunde vom Landamtmann selbst geschrieben ist. Es wäre mithin ein Zeugniß in eigener Sache. Und eben dies würde gesagt werden müssen, wenn man auch in dem Acte ein Zeugniß des Einnehmers Rach erblicken wollte, da er selbst verantwortlich war, wenn er ohne landamtlichen Consens für die Gemeinde ein Capital zinsbar aufnahm. Zeugnisse in eigenem Interesse können aber nichts beweisen. — Jedenfalls kann jener Act gegen die ganz bestimmte Erklärung des Landamtes, daß dem Ortsvorstand keine Autorisation zur fraglichen Anleihe gegeben sei, gar nichts gelten.

3. Auf den Fall, daß die Genehmigung der Anleihe zur Begründung der Klage für ursprünglich erforderlich gehalten und nicht als wirklich ertheilt betrachtet werden sollte, haben die Kläger noch eine, die Stelle derselben vertretende nachherige Ratihabition des Landamts geltend machen wollen. Diese ist aber nur aus den Umständen gefolgert worden, nämlich daraus, daß eine ganze Reihe von Jahren hindurch die Zinsen für das Capital an den Amtmann Braun gezahlt und in die Gemeinderechnungen aufgenommen, auch von Seiten der Gemeinde das Capital den Erben des Darleihers gekündigt und die Deposition der fl. — zwischen ihnen und dem Gemeinde-Einnehmer verabredet worden sei. Dies alles lasse nicht bezweifeln, daß die dem weiland Landamtmann Braun zugestandene Forderung an die Gemeinde zur Kenntniß des verwaltenden Landamtes gekommen sei. Hier kann man es nun aber ganz dahin gestellt sein lassen, ob aus den angeführten Umständen diese Folgerung wirklich zu ziehen sei, und braucht nicht einmal auf den, den Hauptpunct, die jährliche Rechnungsablage betreffenden Einwand der Beklagten hinzuweisen, daß der Landamtmann Braun diese Rechnungen selbst zu revidiren gehabt, solches aber nur bis zum Jahre 1824 gethan habe und seine Notizen über die Jahre 1823 und 1824 in seinem Nachlasse nicht gefunden seien.

Denn die bloße Kenntniß der Anleihe läßt noch nicht auf eine Genehmigung schließen, zumal da das Unterlassen einer sofortigen Rüge des fehlenden Consenses auch in einem Uebersehen dieses Mangels seinen Grund haben kann. Ganz besonders aber ist zu erwägen, daß die hier zur Anwendung kommenden Gesetze für die Billigung einer Anleihe eine vorausgehende Untersuchung über die Nothwendigkeit des Darlehns und über dessen Bedingungen voraussetzen, worauf dann erst die ausdrückliche Bewilligung oder Genehmigung eintreten soll. Daraus folgt von selbst, daß spätere Handlungen des Landamtes, worin bei einer Privatperson wohl eine stillschweigende Ratihabition gefunden werden dürfte, keineswegs dieselbe Wirkung haben können, als jene vom Gesetz geforderte bestimmte Autorisation.

4. Eventuell wollen nun die Kläger wenigstens noch zum Beweise einer wirklich erfolgten Genehmigung der fraglichen Anleihe

zugelassen werden. Aber hierzu war die Sache durchaus nicht geeignet. Denn soviel den gleich anfangs ertheilten ausdrücklichen Consens anlangt, so liegt in der obgedachten eigenen Erklärung des Landamtes schon der Beweis des Gegentheils vor. Und es kommt noch hinzu, daß Landamtmann Braun selbst sich bemüht hat, die Tilgung des Breiter'schen Insatzes oder die Umschrift desselben auf ihn zu bewirken, wozu er keine Veranlassung gehabt hätte, wenn sein Darlehen an die Gemeinde Niedererlenbach schon an sich durch landamtlichen Consens als vollkommen gültig anerkannt worden wäre. Außerdem aber kann dieser Consens, sowie ebenfalls eine nachherige Ratihabition des Landamtes schon deßhalb nicht zum Beweise verstellt werden, weil die Kläger selbst nicht aus positiver Wissenschaft behauptet haben, daß eins oder das andere wirklich erfolgt sei, sondern nur Argumente dafür vorbringen, daß es erfolgt sein müsse. Diese Argumente sind aber gezeigtermaßen unzureichend, mithin ist auch kein Grund zur Eröffnung eines Beweisverfahrens vorhanden.

Allerdings muß nun aber

5. die sonst wohl begründete Einrede des fehlenden landamtlichen Consenses wegfallen, wenn das vom Landamtmann Braun dargeliehene Capital wirklich zum Besten der Gemeinde Niedererlenbach verwendet sein sollte, da, wie die Kläger in der Replik § 20 mit Recht gesagt haben, die Absicht des Gesetzes nicht dahin geht, daß die Gemeinde sich mit dem Schaden des Darleihers bereichern solle. Jene Wirkung der versio in rem ist ganz derjenigen gleichzustellen, welche derselben in den Fällen beigelegt wird, wo Pupillen ohne Autorisation der Vormünder Gelder aufgenommen

L. 13 § 1 L. 14 D. de condict. indeb. (12, 6)

L. 4 § 4 D. de doli mali et metus except. (44, 4)

oder die Vorsteher einer civitas ein Capital angeliehen haben.

L. 27 D. de reb. cred. (12, 1)

Die versio in rem ist auch von der Beklagten selbst ausdrücklich als durchgreifend betrachtet worden, um den Mangel des landamtlichen Consenses zu ersetzen. Dieselbe besteht aber hier nicht bloß darin, daß die vom Landamtmann Braun hergeliehenen

fl. — zum Abtrag der Breiter'schen Forderung verwendet sind, sondern es gehört zur Vollständigkeit der versio in rem auch, daß jene Schuld, da sie in das Hypothekenbuch eingetragen worden und noch jetzt darin verzeichnet steht, daselbst getilgt werde, indem dies zur völligen Liberation der Gemeinde Niedererlenbach erforderlich ist. So lange diese Tilgung nicht bewirkt wird, können der Gemeinde aus jener Inscription bei einer neuen Geldaufnahme Schwierigkeiten erwachsen, und es könnten wohl gar von den Breiter'schen Erben noch Ansprüche an die Gemeinde daraus abgeleitet werden.

Dies führt dann zur Bestätigung des vorigen Urtheils, welches auch mit vollem Rechte den Klägern die Last auferlegt hat, die Cassirung des Breiter'schen Insatzes zu bewirken. Denn dies ist die natürliche Folge der Nachlässigkeit ihres Erblassers, der es versäumt hat, den zur Gültigkeit des Darlehens nothwendigen Consens des Landamtes zu veranlassen.

Zwar hat derselbe im Jahre 1825 versucht, diese Versäumung dadurch unschädlich zu machen, daß er auf den Rücken der Schuldverschreibung die obgedachte Anerkennung und Pfandbestellung setzen ließ; da aber zu diesem Acte ebenfalls kein landamtlicher Consens ertheilt wurde, so ist sie für die Gemeinde ebenso unverbindlich, als das Darlehn selbst. — Können daher die Kläger nur mittelst der Replik der versio in rem dahin gelangen, das von ihrem Erblasser der Gemeinde Niedererlenbach angeliehene Capital wieder zu erhalten, so müssen sie auch alles präſtiren, was zur Vervollständigung der versio in rem unerläßlich ist.

Nun hat es freilich sehr viel für sich, schon jetzt nach allem, was zu den Acten gekommen ist, die völlige Befriedigung der Breiter'schen Erben als erwiesen anzusehen, daher die Tilgung ihres Insatzes wohl ohne Weiteres geschehen könnte. Denn ihre Obligation befindet sich quittirt in den Händen der Kläger, und wenn es gleich dieser Quittung an der gehörigen Beglaubigung ermangelt, so fehlt es doch auch an Gründen, ihre Richtigkeit zu bezweifeln. Vielmehr liegt in der vom Bürgermeister Hinkel zu Vilbel aufgenommenen Erklärung des Johannes Breiter, daß von Seiten der Breiter'schen Erben, deren alleiniger Bevoll-

mächtigter er gewesen sei, Niemand mehr einen Anspruch an den fraglichen Insatz habe und machen könne, was alles von Bürgermeister Hinkel aus eigener Wissenschaft bestätigt ist, ein sehr erhebliches Beweismoment für die Richtigkeit und Zulänglichkeit der Quittung, wie dies auch vom Appellationsgerichte angenommen zu sein scheint, da es sonst die Retradition dieser Urkunde an die Kläger wohl nicht ex officio verfügt haben würde. Dazu kommt nun der wichtige Umstand, daß, soviel die Acten ergeben, in den vielen Jahren, welche seit der im Februar 1822 geschehenen Rückzahlung des Capitals verlaufen sind, keine Zinszahlung an die Breiter'schen Erben geschehen und von ihnen überall kein Anspruch an die Niedererlenbacher Gemeinde erhoben ist.

Sollte dem Allen unerachtet die Hypothekenbehörde Bedenken tragen, auf die Vorstellung der Kläger die Breiter'sche Inscription sofort zu cassiren, so werden sie freilich nur durch eine Edictalladung dahin gelangen können, zu deren Ausbringung, sowie zur demnächstigen Erwirkung der Präclusion aller nicht angemeldeten vormaligen Theilhaber an der Obligation sie durch ihr Interesse bei der Sache vollkommen legitimirt sind. Damit ihnen aber in dieser Beziehung keinerlei Schwierigkeiten gemacht werden können, ist es für angemessen erachtet worden, sie durch einen Zusatz in dem bestätigenden Urtheile zu jenen Maßregeln ausdrücklich zu befugen.

XXVIII.

Maria Catharina Daube, geb. Dietz dahier, Klägerin

contra

ihren Ehemann Johann Conrad Adam Daube dahier, Beklagten.

Während des Ehescheidungsprocesses der Daube'schen Eheleute beantragte die Klägerin, ihr provisorisch abgesonderte Woh-

nung zu gestatten und wöchentliche Alimente auszusetzen. Diesen Anträgen willfahrte das Stadtgericht am 24. Juni 1846. Auf Appellationseinlegung von Seiten des Beklagten decretirte das Stadtgericht am 1. Juli 1846: „wird der Appellation — — der Lauf gelassen." Auf Antrag der Klägerin erkannte das Stadtgericht am 8. Juli 1846, daß, da die vom Beklagten eingelegte Appellation — — als gegen die im Decret vom 24. Juni l. J. enthaltenen provisorischen Verfügungen gerichtet, keine aufschiebende Wirkung haben könne, dem Fiscal die Beitreibung der Alimentationsbeiträge hiermit aufgetragen werde. Auf eilfertige Appellation des Beklagten erkannte unter Verurtheilung desselben zum Kostenersatze

das Appellationsgericht am 14. Juli 1846,

das Oberappellationsgericht am 31. October 1846

die sofortige Vollziehung jener provisorischen Verfügungen für rechtlich zulässig.

62. Rechtskraft der Apostel.

Der völlige Ungrund der aufgestellten Beschwerde liegt klar vor. Diese geht nämlich bloß dahin, „daß das Appellationsgericht nicht dem Antrage des Beklagten gemäß durch die am 1. Juli ertheilten deferirenden Apostel den Vollzug des stadtgerichtlichen Decrets vom 24. Juni d. J. für suspendirt erkannt und nicht gegen die inzwischen verfügte Execution Inhibition erlassen habe." Die Rechtmäßigkeit der in jenem Decrete vom 24. Juni getroffenen provisorischen Verfügungen selbst steht dahier überall nicht in Frage, sondern bildet vielmehr den Gegenstand einer anderen Appellation, und es kommt hier nur darauf an, ob jener anderen Appellation der Suspensiveffect mit Recht verweigert worden sei, welches der Beklagte aus dem Grunde bestreitet, weil derselben durch das Stadtgerichts-Decret vom 1. Juli d. J. pure deferirt worden sei und dieser von der Klägerin überall nicht angefochtene Bescheid vom Stadtgerichte selbst, zufolge

L. 42 D. de re judic. (42, 1)

L. 2 C. de sententiis ex per. recit. (7, 44)

nicht wieder habe zurückgenommen werden können. Allein

1. dürfte schon sehr zu bezweifeln sein, ob durch den gedachten Bescheid vom 1. Juli der Appellation gegen das Decret vom 24. Juni auch der Suspensiveffect eingeräumt sei, da jener Bescheid nur allgemein und unbestimmt dahin lautete: „wird der eingelegten Appellation — — der Lauf gelassen," es aber eine bekannte Regel ist, daß richterliche Verfügungen im Zweifel ex jure interpretirt werden müssen, und hier, wie noch unten zu erwähnen ist, ein Fall vorlag, wo der Appellation den Rechten nach kein Suspensiveffect zukam. Es kann aber auch dies dahin gestellt bleiben, da

2. jedenfalls der Grund entscheidend ist, daß die Regel, der Richter dürfe sein eigenes Erkenntniß nicht selbst wieder ändern, zufolge der

> L. 14 D. de re jud. (42, 1) „quod jussit vetuitve Praetor, contrario imperio tollere et repetere licet, de sententiis contra"

nur bei Urtheilen, nicht aber bei einfachen Bescheiden gilt, und daß die auf die bloße Einwendung der Appellation, ohne vorheriges Gehör des Gegners ertheilten Apostel lediglich in die letzte Classe fallen. Dies folgt schon von selbst aus dem ausgemachten Grundsatze, daß der Ausspruch des Unterrichters über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Apostel oder ihres Suspensiveffects dem Oberrichter niemals die Hände bindet, daß es daher überall nicht nöthig ist, gegen nachtheilige Apostel besonders zu appelliren, und daß namentlich der Appellat, auch wenn er sich bei erfolgten deferirenden Aposteln beruhigt hat, dadurch keineswegs gehindert wird, beim Oberrichter die Einrede der Unzulässigkeit der Appellation zu opponiren, was doch alles anders sein müßte, wenn Apostel der Rechtskraft fähig wären, daher es denn auch bei den Rechtslehrern eine ausgemachte Sache ist, daß dies keineswegs der Fall sei.

> Vgl. Gönner Handb. des Proc. Th. 3 Abh. 62 § 4. 6. 13. Linde im civil. Arch. Th. 19 p. 265. 266.

3. Das Stadtgericht war demnach vollkommen befugt, die anfangs ertheilten, allgemein deferirenden Apostel später in Beziehung auf den Suspensiveffect wieder zu beschränken und es kann dabei auch nicht hindern, daß die Klägerin gegen den Bescheid

vom 1. Juli nicht förmlich remonstrirt hat. Denn in ihrem am 7. Juli angebrachten Antrag auf Execution war eine Remonstration für den Fall, wenn man die Apostel dahin verstehen sollte, daß der Appellation auch der Suspensiveffect gestattet sei, der Sache nach offenbar enthalten und dies war hier, wo es der Ergreifung eines Rechtsmittels nicht bedurfte, sondern durch den Antrag nur der Einwand zu beseitigen stand, daß der Richter nicht von Amtswegen verfahren dürfe, vollständig hinreichend. — — — Demzufolge kann es

4. nur darauf ankommen, ob die Entscheidung der beiden vorigen Instanzen, welche der Appellation gegen das Decret vom 24. Juni den Suspensiveffect versagt haben, materiell richtig sei, und dies wird vom Beklagten selbst nicht bestritten, unterliegt aber auch an sich keinem Anstande, da jenes Decret bloß provisorische Verfügungen über das Verhältniß der Partheien durante lite enthielt, deren Hauptpunct darin bestand, daß Beklagter der Klägerin in der schon früher von ihr bezogenen abgesonderten Wohnung wöchentlich fl. — Alimente bezahlen solle, und es ein ausgemachter Grundsatz ist, daß die Appellation gegen dergleichen Provisional-Verfügungen, namentlich gegen die Zuerkennung von Alimenten pro futuro keinen Suspensiveffect habe.

J. H. Böhmer de execut. pendente appellatione valide facienda (exercit. ad Sand. T. 6. Nr. 102) cap. 2. 5. 6 — 8

Gönner l. c. Abth. 60 § 4 Abth. 61 § 24.

63. Bedingung eines Attentats.

Wenn aber der Suspensiveffect mit Recht abgeschlagen war, so erledigt sich dadurch auch der vom Beklagten dem Stadtgerichte gemachte Vorwurf eines begangenen Attentats. Denn um dem Unterrichter diesen Vorwurf machen zu können, ist die Suspensiv-Wirkung der Appellation der Natur der Sache nach eine nothwendige Voraussetzung, so daß, wenn es daran fehlt, von einem Attentate in diesem Sinne nicht die Rede sein kann.

Mevii decis. P. 5 dec. 73 P. 9 dec. 47

J. H. Böhmer l. c. cap. 2 § 2. 3.

64. Die Richtigkeitsbeschwerde kann nur gegen den Inhalt des vorigen Urtheils gerichtet werden.

Die Nullitätsbeschwerde würde aber auch deßhalb verwerflich sein, weil das angebliche Attentat nur dem Stadtgerichte vorzuwerfen steht, eine Nullitätsklage beim Oberappellationsgerichte aber nur gegen Verfügungen des Appellationsgerichts zulässig ist und bloß der Umstand, daß dieses eine bei ihm gegen die Untergerichte angebrachte Nichtigkeitsbeschwerde zurückgewiesen hat, noch kein Grund ist, um demselben selbst eine Nichtigkeit vorzuwerfen.

XXIX.

Die Verwaltung der Schnepp'schen Armenstiftung zu Hanau, Klägerin

contra

Simon Hoffmann dahier, Beklagten.

Simon Hoffmann hatte sich verbindlich gemacht, den Passivreceß mit etwa fl. —, wie dieser mit seinem Vater, welcher Verwalter der Schnepp'schen Armenstiftung gewesen war, in der Schlußrechnung werde festgesetzt werden, zu berichtigen. Die Letztere klagte nun auf Bezahlung von fl. —, etwa 25 % mehr als jene bei der Expromission angenommene Summe. Der Beklagte opponirte

1. die Einrede, daß er, von Kurhessen bei der hiesigen Zollverwaltung angestellt, sein forum in Kurhessen habe;

2. die Einrede, daß der klagenden Stiftung die legitimatio activa ad causam fehle;

3. die Einrede zu früher Klagerhebung, indem ihm vorher die Rechnung und deren Abschluß nicht mitgetheilt worden sei;

4. daß in der Sache selbst, die Expromission nicht über den Belauf von fl. — abgeschlossen worden sei, er mithin die eingeklagte Differenz nicht zu zahlen brauche;

5. daß er jedenfalls über die ihm mitzutheilende Rechnung vorerst seinerseits monita stellen dürfe;

6. daß er compensando eine Gegenforderung aus Emolumenten seines Vaters geltend machte.

Das Stadtgericht verurtheilte am 6. November 1843 den Beklagten zur Zahlung der eingeklagten Differenz. Auf Appellation des Beklagten und dessen in zweiter Instanz gestellten Antrag auf Actenversendung wurde dies Urtheil vom Spruchcollegium zu Jena am 29. März 1844 bestätigt, vom Oberappellationsgerichte am 26. November 1846 dahin abgeändert, daß, soviel die Größe des zu deckenden Recesses anbelangt, klägerisches Presbyterium die vom Vater des Beklagten im Jahr 1834 gelegte Schlußrechnung nebst den auf deren Abhör und Feststellung bezüglichen Protocollar-Verhandlungen annoch abschriftlich binnen — — — dem Beklagten mitzutheilen verbunden und letzterer hierauf schuldig sei, in einem dazu anzusetzenden Termine seine etwaige monita gegen diese Abrechnung und deren Resultat bei Verlust derselben gebührend vorzubringen und auszuführen; endlich auch letzterer in Ansehung der von ihm compensando geltend gemachten Gegenforderungen schuldig sei, gleichzeitig zu erweisen: entweder, daß sein Vater auf das in Anspruch genommene Emolument von 1 Procent für alle aus der Stiftungscasse zur Ausleihung kommenden Capitalien ausdrücklich bei dessen Anstellung von dem klägerischen Presbyterium angewiesen, oder aber, daß seinem Vater bei oder nach der im Jahr 1826 von Presbyterialwegen beliebten Aufhebung dieses Nebenbezuges eine Entschädigung für dessen Verlust ausdrücklich versprochen worden sei. Die Kosten der zweiten und dritten Instanz werden zur Hälfte compensirt, wogegen die andere Hälfte, sowie die Versendungskosten von dem Beklagten allein zu tragen sind.

65. Gerichtsstand der bei der hiesigen Zollverwaltung angestellten Beamten aus anderen Vereinsstaaten.

Soviel den Einwand des Beklagten anbelangt, daß er als Kurhessischer Staatsbeamter zu betrachten, dem Senate der Freien Stadt Frankfurt nur zur Disposition gestellt und der Gerichts-

barkeit der dortigen Gerichte nicht unterworfen sei, so besagt der diesseits zu den Acten eingeforderte Separat-Artikel XII. zu dem Zollvertrage vom 2. Januar 1836 sub Nr. 7 mit ausdrücklichen Worten, daß diejenigen Zollbeamten, welche auf Präsentation der übrigen Zollvereins-Staaten von dem Senate der Freien Stadt Frankfurt in der dortigen Zollverwaltung angestellt würden, für die Dauer dieser Anstellung aus dem Dienste desjenigen Staates, welchem sie angehörten, ausscheiden und in das Verhältniß von Staatsbeamten der Freien Stadt Frankfurt treten, auch in Letzterer zwar keine Heimathsrechte gewinnen, dagegen deren Behörden während der Dauer ihres Dienstverhältnisses in bürgerlichen Processen unterworfen sein sollten. Der Umstand aber, daß diese Separat-Artikel, wie es bei Staatsverträgen überhaupt nicht üblich ist, bisher noch nicht veröffentlicht worden sind, steht weder im Allgemeinen, noch vollends in dem vorliegenden Betrachte ihrer Anwendung entgegen, da Beklagter sich einerseits der unter Mitwirkung und Zustimmung seines bisherigen Landes- und Dienstherrn festgestellten Bedingungen und Verbindlichkeiten des ihm verliehenen Amts durch dessen Uebernahme unterworfen hat, andererseits die hier über die Competenz-Verhältnisse vereinbarte Bestimmung lediglich auf dem ohnehin gemeingültigen Grundsatze beruht, daß Beamte, sofern nicht etwa ihre Anstellung oder Verwendung ausdrücklich für temporär erklärt ist, an dem ihnen für oder durch ihre Dienstführung angewiesenen Aufenthaltsorte auch ihr rechtliches Domicil und sonach vor dessen ordentlichen Gerichten ihr forum generale haben.

66. Bedürfen Corporationen ein sogenanntes decretum de litigando?

Ausdrücklich wird in dem zum Behufe der legitimatio activa ad causam beigebrachten Atteſtate des Vicebürgermeister-Amts — — auch das bezeugt, daß das Presbyterium als solches zur Verwaltung, wie zur Vertretung der Schnepp'schen Armenstiftung berechtigt sei. Zwar macht hiergegen Beklagter die Ausstellung, daß das Recht zur Administration und zur Wahrnehmung der finanziellen Interessen einer öffentlichen Stiftung noch nicht, wenigstens nicht nach Kurhessischen Rechten, zu einer selbstständigen

Vertretung des Instituts vor Gericht und dazu ermächtige, ohne höhere Genehmigung einen Proceß zu führen. Allein es bezeugt das Attestat des Vicebürgermeisters, bei welchem nähere Kunde der Ortsinstitute und ihrer Organisation ebenso vorausgesetzt werden darf, als der in deren Verwaltung einschlagenden gesetzlichen Vorschriften, ausdrücklich, daß das Presbyterium in Bezug auf Verwaltung der Schnepp'schen Armenstiftung unter keiner Oberbehörde stehe. Außerdem aber beruht der Grundsatz, daß Corporationen, Gemeinde-Stiftungen und andere Institute der Art zu Führung eines Processes besonderer Erlaubniß durch ein sogenanntes decretum de litigando bedürfen, wie häufig auch in neuerer Zeit eine solche Bestimmung beliebt worden ist, immer doch nur auf particulärer und positiver Gesetzgebung. Der Natur der Sache nach und nach Analogie dessen, was das gemeine Recht in dieser Beziehung bei vormundschaftlichen und ähnlichen Verwaltungen, mit Ausnahme nur der bloß rei servandae causa angeordneten Curatelen, als Norm anerkennt, muß dagegen das Recht zur Klagerhebung und Rechtsvertheidigung als bloße und natürliche Folge des Verwaltungsrechts betrachtet werden, und die Proceßführung ist nur als Ausübung der Rechte, nicht als deren Veräußerung aufzufassen, eine besondere Ermächtigung per decretum also, wie bei wirklichen Alienationen oder solchen Rechtsgeschäften, die diesen gleich stehen, zu Betretung des Rechtswegs durchaus nicht erforderlich. Speciellen Nachweis einer hiervon abweichenden Vorschrift des Kurhessischen Rechts hätte es daher Seitens des Beklagten bedurft, um die Befugniß des klagenden Presbyterii zu selbstständiger Anstellung eines Processes in Frage zu ziehen und der eingewandten exceptio defic. legit. ad causam mindestens einen Anschein zu geben, und zwar um so mehr, als die obenerwähnten Attestate gerade mit Bezug auf den gegenwärtigen Proceß und zum Zwecke gehöriger Legitimation von dem Presbyterio ausgewirkt sind, und auch nicht eine Hindeutung auf eingeschränkte, vielmehr gerade umgekehrt ein unverkennbares Anerkenntniß unbeschränkter Klagbefugniß des Presbyterii sich darin findet. Weder ist aber Jenes geschehen, noch auch kann die Bezugnahme auf die Kurhessische Gemeindeordnung vom 23. October 1834 und daß dadurch alle

örtlichen Anstalten unter die Oberaufsicht der Provinzial-Regierung gestellt seien, dem Vorbringen des Beklagten zur Unterstützung gereichen, da das Recht der Oberaufsicht weder nothwendig, noch regelmäßig zu einer solchen Concurrenz bei der Verwaltung ermächtigt, wie Beklagter sie behauptet, wenn er wegen Mangels eines decreti de litigando die gegnerische Sach- und Proceßlegitimation bestreitet.

67. Expromissio. Einreden aus der Person des Hauptschuldners.

Der Grund des erhobenen Anspruchs liegt in dem selbstständigen Versprechen eines Dritten, welches von demselben zwar zu Gunsten des Rechnungslegers und um diesen von seinen Verbindlichkeiten zu liberiren, zugleich in Beziehung auf dessen Rechnungsführung und je nach Maßgabe des hierüber zu gewärtigenden Rechnungs-Abschlusses ertheilt worden ist, welches aber doch eine nova causa obligandi und noch dazu bei dem rein expromissorischen, nicht fidejussorischen Eintritte des Beklagten in die Schuldverbindlichkeit seines Vaters, eine solche begründet, wobei dem neuen Schuldner keineswegs die Einreden ohne Weiteres freistehen, welche der frühere Hauptschuldner hätte opponiren können.

L. 12 D. de novat. et delegat. (46, 2)

68. Einrede zu früher Klagerhebung.

Beklagter hat unter dem Namen einer Einrede zu früher Klagerhebung sich darauf berufen, daß nach § 5 des Kurhessischen Gesetzes vom 23. October 1834 dem Rechnungsführer, wie dessen Erben, wenn sie sich durch den Rechnungs-Abschluß oder sonst in der Rechnungs-Abhör verletzt erachteten, sowohl Beschwerde im administrativen Wege, als Erhebung rechtlicher Klage freistehe, und daß daher ihm als Uebernehmer der väterlichen Schuld zu Wahrnehmung dieses Rechts von der Rechnung und deren Abschluß gleich anfangs hätte Mittheilung gemacht werden müssen, was gleichwohl nicht geschehen sei. Wenn nun aber auch, wie sich unten zeigen wird, solche Mittheilung billig hätte geschehen sollen, so würde wegen dieses Versehens des Presbyterii doch höchstens das Verlangen, daß die Klage durch Beifügung der fraglichen

Rechnung vervollständigt und erleutert oder doch mindestens noch vor Berichtigung, resp. Erörterung des eingeklagten Cassen-Recesses dem Beklagten zu Prüfung der Rechnung Gelegenheit gegeben werde, gerechtfertigt erscheinen, in keinem Falle aber dies die Folge haben können, daß bis dahin die Klage selbst als zu früh erhoben zu betrachten und klägerisches Presbyterium vorläufig und angebrachter Maßen damit abzuweisen sei.

69. Irrthum in Bezug auf die Größe der Schuld.

Die irrige Vorstellung von der Größe der Schuld, welche die Partheien gehabt haben mögen, kommt gegenüber den klaren Worten der Uebereinkunft nicht in Betracht.

70. Expromissio in Bezug auf eine Rechnungsschuld.

Es entsteht nun noch die Frage, ob auch für den Belauf dieses Recesses, welchen Kläger auf fl. — angegeben, dergestalt Gewißheit vorliegt, daß ohne Weiteres, wie geschehen, eine **sententia condemnatoria** gegen den Beklagten erfolgen konnte. In dieser Hinsicht wird man nun freilich

a. den früheren Sententionanten darin beipflichten müssen, daß Beklagter nach dem Sinne so wenig, als dem Wortlaute der von ihm geleisteten Expromission irgendwie fordern konnte, daß von ihm und mit ihm die Rechnungslegung und Feststellung geschehe. Denn lediglich in Bezug auf Zahlungsverbindlichkeit ist er in des Vaters Stelle getreten. — — — Auch ist es

b. nicht zu übersehen, daß Beklagter **expromittendo** sich im voraus für den Passiv-Receß verbindlich gemacht hat, wie dieser mit seinem Vater in der Schlußrechnung werde festgesetzt werden. Daß aber Letzterer bei den im Monate Juni 1834 deßhalb gepflogenen Verhandlungen den auf fl. — — ermittelten Gesammtbetrag seines Cassen-Recesses als richtig, wenn nicht ausdrücklich, doch stillschweigend anerkannt habe, das wird vom Beklagten direct nicht bestritten, und könnte insofern sogar als von demselben zugestanden erachtet werden, weil er den in **replicis** über obige Rechnungsabhör beigebrachten näheren Angaben **duplicando** keinen directen Widerspruch entgegengestellt hat.

Auf der anderen Seite kommt indessen

c. in Betracht, daß der richtigeren, auch vom Oberappellationsgerichte bereits früher z. B.

Fr. S. Burbach c. Wolff 1831

entschieden befolgten Meinung nach

vergl. L. 62 D. de pactis (2, 14)

Surdi decisiones Nr. 218

Leyser med. ad Pand. spec. 523 med. 6. 7.

nicht einmal dem Bürgen, welcher eine ihrem Betrage nach annoch näher zu ermittelnde Schuld übernommen hat, deren späteres Anerkenntniß Seitens des Hauptschuldners ohne Weiteres und unbedingt entgegensteht, was von dem Expromittenten, da dieser nicht subsidarie bloß verhaftet ist und vom Augenblick der Intercession an als der alleinige Schuldner gilt, somit auch allein als zu gültigen und bindenden Erklärungen über dies Schuldverhältniß berechtigt anzusehen ist, in noch höherem Grade zu behaupten steht. Es kann zugleich

d. jenes Versprechen des Beklagten, den festzustellenden Passiv-Receß berichtigen zu wollen, nicht füglich anders als unter der stillschweigenden Voraussetzung verstanden werden, daß in rechnungsmäßiger Weise dessen Betrag werde ermittelt und festgestellt werden, und wird mithin das Recht der Monitur, welches dem Rechnungsführer selbst auch hinterher noch zusteht,

arg. L. 13 § 1 D. de div. temp. praescr. (44, 3)

noch weniger dem Beklagten versagt werden können.

71. Einfache Anerkenntniß einer Forderung involvirt nicht einen Verzicht auf abgesonderte Gegenforderungen. Die Einrede der Verjährung kann nicht vom Richter supplirt werden. Emolumente mit Wissen der Vorgesetzten erhoben.

Soviel die vom Beklagten compensando geltend gemachte Gegenforderung anbelangt, so haben zwar die bisherigen Urtheile diese ganze Gegenforderung als eine solche behandeln wollen, welche durch Verzicht des Vaters oder doch nach Maßgabe des Kurhessischen Gesetzes vom 23. October 1834 durch Verjährung erloschen sei. — Andererseits hat das Presbyterium dieselbe auch noch um deßwillen

aller Beachtung unwerth darzustellen gesucht, weil der Nebenbezug, für dessen seit dem Jahre 1826 eingetretenen Verlust der Vater des Beklagten und ex jure cesso Letzterer eine Entschädigung anspreche, nichts als ein Mißbrauch gewesen sei, welchen das Presbyterium gar nicht gekannt und dann alsbald abgestellt habe.

Allein mit gutem Grunde hat jenem angeblichen Verzichte seines Vaters Beklagter entgegengesetzt, daß weder überhaupt aus der einfachen Anerkenntniß einer Forderung ein Verzicht auf abgesonderte Gegenforderungen zu folgern sei,

arg. L. 26 D. de prob. (22, 3)

noch auch die hier in Frage stehende Entschädigungssumme, weil eben noch bloßer Anspruch und als solcher sogar bestritten, zur Aufnahme in die Schlußrechnung geeignet gewesen wäre. Noch weniger aber kann diese Forderung als verjährt behandelt werden, nicht bloß, weil dieselbe aus einem Rechtstitel herrührt, auf welchen sich das erwähnte, von dem Presbyterium obenein als auf die Schnepp'sche Stiftung gar nicht anwendbar behandelte Kurhessische Gesetz vom Jahr 1834 überall nicht bezieht, sondern mehr noch aus dem Grunde, weil klägerisches Presbyterium der exceptio compensationis eine replica praescriptionis ausweislich der Acten überall nicht opponirt hat, ex officio judicis aber, nach der richtigeren diesseits stets befolgten Ansicht auch die Einrede der Verjährung nicht supplirt werden kann.

Der Einwand des Presbyterii dagegen betreffend, daß nur mißbräuchlicher Weise und ohne sein Wissen des Beklagten Vater gleich den früheren Cassaführern bei Geldausleihungen eine von den Darlehnssuchern zu zahlende Provision bezogen hätte, so hat sich Beklagter keineswegs bloß darauf berufen, es sei immer und zwar mit Wissen des Presbyterii so gehalten worden, wo denn freilich des Beklagten Vater immer noch kein Recht auf jenes Emolument gewonnen, sondern nur durch dessen Bezug kein Unrecht begangen haben würde. Jenem Einwande des Presbyterii steht vielmehr die ausdrückliche Behauptung des Beklagten entgegen, es sei sein Vater bei Anstellung als Cassenführer geradezu auf das Neben-Emolument angewiesen, demselben auch in Folge der im Jahr 1826 vom Presbyterio beliebten Abstellung dieser

Einrichtung ausdrücklich Entschädigung zugesichert worden. In dem einen Falle nun aber, wie dem anderen, gleichviel auch ob unmittelbar bei oder erst nach erfolgter Aufhebung des bis zum Jahre 1826 bestandenen Gebrauchs, würde dem Vater des Beklagten, selbst ohne ausdrücklichen deßfallsigen Vorbehalt, bei seiner Dienstentlassung ein Entschädigungsanspruch wider das Presbyterium zur Seite stehen. Es mußte daher dem Beklagten, welcher als Cessionar in des Vaters Rechte getreten ist, der deßfallsige Beweis alternativ, wie geschehen, freigelassen werden, und konnte auch den Beklagten alsbald zu diesem Beweise zuzulassen um so weniger ein Bedenken obwalten, als durch die oberwähnten Monitur-Verhandlungen doch noch ein weiteres Verfahren eröffnet wird, auch in dem Falle, daß dies Beweisverfahren über die Dauer jener Monitur-Verhandlungen hinausziehen sollte, es dem Stadtgerichte unbenommen bliebe, in der Hauptsache sofort definitiv zu erkennen und den Beklagten gegen angemessene cautio de restituendo zur Deckung des eingeklagten Rechnungsrecesses anzuhalten.

72. Grundsätze über Kostenerstattung.

Anbelangend die Kosten der vorigen und jetzigen Appellations-Instanz, so lag für eine durchgängige Compensation derselben kein hinreichender Grund vor, da die sententia a qua doch nur sehr theilweise zu Gunsten des Beklagten reformirt worden ist, und namentlich die Verhaftung desselben für den Gesammtbetrag des väterlichen Rechnungs-Recesses gleich, wie in den früheren Instanzen, ausgesprochen werden mußte; es war zugleich bei der als angemessen erachteten Theilung und theilweisen Compensation der Kosten in Betreff derjenigen eine Ausnahme zu machen, welche in voriger Instanz durch die vom Beklagten beantragte Actenversendung verursacht waren und bekannten Rechtsgrundsätzen gemäß diesen ausschließlich zur Last fallen.

XXX.

Johannes Falk zu Wadern, Kläger
contra
der Gastwirth Joh. Susenbeth dahier, Beklagten.

Kläger hatte zu beweisen, daß am 11. September 1838 ihm in des Beklagten Gasthaus aus seinem Coffer die Summe von fl. — — entwendet worden ist. Nach geführten Beweisverhandlungen erkannte das Stadtgericht am 28. Juni 1844, daß, falls Kläger den Erfüllungseid leiste, Beklagter schuldig sei, die eingeklagte Summe sammt Zinsen und Kosten zu bezahlen. Auf Appellation des Beklagten wurde unter Verurtheilung desselben in die Kosten dies Erkenntniß bestätigt vom

Appellationsgerichte am 2. September 1844
Oberappellationsgerichte am 28. November 1846.

73. Beweisführung bei der actio de recepto.

Sieht man auf das bei vorliegender Klage zur Anwendung kommende Rechtsprincip, so muß der Kläger zwar bei der actio de recepto die der Klage zum Grunde liegenden Thatsachen beweisen; da aber dieser Beweis insbesondere in Ansehung der Illation und des Belaufs einer im Gasthofe gestohlenen Geldsumme meistens mit den größten Schwierigkeiten verbunden ist, indem derselbe sich fast immer nur indirect, durch Präsumtionen führen läßt, folglich über das Einzelne keine directen und präcisen Beweise verlangt werden können, so hat dies dahin geführt, daß der Kläger bei dieser Klage, sofern er nur die factischen Grundlagen derselben durch ineinandergreifende Präsumtionen bis zu einer erheblichen Wahrscheinlichkeit erbringt, zum Erfüllungseide zugelassen wird, wenn er anders ein rechtlicher Mann ist, der in gutem Rufe steht.

Wernher observ. for. P. 8 obs. 323
Glück Pandecten Th. 6 § 491 p. 122.

Für diesen Satz kann man auch als Autorität füglich das vom Kläger allegirte

Preuß. Landr. Th. 2 tit. 8 § 452. 453

anführen, da dasselbe bei dergleichen aus dem gemeinen Rechte entnommenen Lehren gewöhnlich die Principien der Praxis sanctionirt hat. Und es kommt in Frankfurter Sachen noch hinzu, daß die

Ref. I. tit. 39 § 7

ausdrücklich vorschreibt, daß auf glaubwürdige Anzeige der Erfüllungseid erkannt werden solle, wenn der Beweisführer für aufrichtig und glaubwürdig zu halten sei.

74. Grundsätze über Kostenerstattung.

Auch in Betreff des Kostenpunctes war es bei dem vorigen Erkenntnisse zu belassen, namentlich darin, daß der Beklagte dem Kläger die Kosten erster Instanz zu ersetzen habe, wenn dieser — — das ihm auferlegte suppletorium schwört. Denn in solchem Falle kommt zu dem Obsiege des Klägers noch der für den Kostenpunct erhebliche Umstand hinzu, daß der Beklagte in sehr wesentlichen Puncten offenbar gegen seine eigene Ueberzeugung gestritten hat.

XXXI.

Die Vormünder des von Salomon Maas nachgelassenen minderjährigen Sohnes Joseph Maximilian Maas dahier, Imploranten.

Salomon Maas, der mit seinem Bruder ein Societätsgeschäft gegründet hatte, sprach in seinem Testamente den Wunsch aus, daß nach seinem Ableben die Vormünder seines Sohnes die gemeinschaftliche Handlung fortsetzen sollten, indem er für diesen Fall zugleich Vorschriften über das Verhalten der Betheiligten ertheilte. Den gedachten Vormündern wurde nun vom Stadt-

gerichte am 30. Mai 1842 aufgegeben, ihre eingereichte Rechnung durch das Handelsinventar zu belegen. Ferner wurde denselben vom Curatelamte am 17. Juni 1842 das Discontiren vorräthiger Gelder, insoweit solche Erträgnisse der Fonds des Mündels seien, verboten. Auf Appellation der Vormünder wurde die stadtgerichtliche Verfügung bestätigt vom

Appellationsgerichte am 14. September 1842,
Oberappellationsgerichte am 30. November 1846.

75. Minderjährige als socii eines Handlungsgeschäftes. Rechnungsstellung.

Die Appellanten haben sich zuerst darüber beschwert, daß sie bei der jährlichen Ablage ihrer Vormundschafts-Rechnung das Handlungs-Inventar vorlegen sollen.

Geht man nun hierbei von dem Grundsatze aus, daß dem Curatelamte im Allgemeinen nicht bloß die Befugniß zusteht, sondern sogar die Pflicht obliegt, sich die Belege der einzelnen Ansätze in den Vormundschafts-Rechnungen vorlegen zu lassen, so kommt es hier bloß auf die Gründe an, weßhalb die Appellanten sich weigern, das Inventar der Handlung Gebrüder Maas, woran ihr Pupille zur Hälfte Antheil hat, als Beleg der Posten, welche das in dieser Handlung steckende Capital ihres Mündels und den ihm zugefallenen Jahresgewinn betreffen, vorzulegen.

Hierbei ist aber das Princip zu befolgen und festzuhalten, daß dies höchste Gericht, wie dasselbe schon wiederholt ausgesprochen hat (vergl. z. B. oben p. 23) keine obervormundschaftliche Behörde ist, mithin die Maßregeln der Frankfurter Vormundschaftsbehörden aus dem Gesichtspuncte, ob sie zweckmäßig oder überflüssig seien, nicht zu beurtheilen hat, sondern daß nur die Widerrechtlichkeit derselben eine hier vorzubringende Beschwerdeführung rechtfertigen könnte. Es fragt sich also bloß, ob die von den Appellanten vorgetragenen Gründe dahin führen, in dem Verlangen des Curatelamts eine Rechtsverletzung zu finden. Dies läßt sich aber nicht annehmen. Denn

1. der hauptsächliche Grund der Appellanten, daß jenes Verlangen mit dem aus dem Testamente des Vaters ihres Curanden

ersichtlichen Willen des Testators im Widerspruch stehe, ist nicht für richtig zu halten. Sieht man nämlich

a. auf die Worte des von Salomon Maas errichteten Testaments, so stehen dieselben augenscheinlich dem Antrage der Appellanten geradezu entgegen. — — Wenn sich nun die Vormünder

b. dagegen auf die Absicht des verstorbenen Salomon Maas berufen und behaupten wollen, daß dieselbe ihrem Verlangen zur Seite stehe, so kann dieser Einwand schon wegen der einleuchtenden Klarheit der Worte des Testaments gar nicht in Betracht kommen. Sie entnehmen aber auch mit großem Unrechte die hauptsächlichste Stütze desselben aus den Schlußworten des § 11 des Testaments, wo als Grund der Verfügung angegeben ist, „daß nicht durch eine detaillirtere Auseinandersetzung das Geschäft in seinem Fortgange gestört werde und Handelsgeheimnisse und Specialitäten zu einer nachtheiligen Publicität gelangen.“ Hierin ist nämlich nur dafür, daß eine weitere Vorlegung, als die des Handelsinventars, und eine tiefer eingehende Specification, als die dadurch gegebene, nicht gefordert werden solle, der Grund angegeben, nicht aber für den von den Vormündern behaupteten Satz, daß auch die Vorlegung des Inventars selbst verweigert werden dürfe. Hiervon ist vielmehr das gerade Gegentheil in demselben Paragraphen des Testaments verordnet worden. Da nun der Testirer selbst sowohl mit der Einrichtung des Inventars, als mit dem Umfang der zum Besten seiner Handlung im Falle seines Absterbens erforderlichen und deßhalb von den Vormündern zu beobachtenden Geheimhaltung vollkommen bekannt war, so muß man nothwendig annehmen, daß er die Vorlegung des Handlungsinventars für das Interesse der Handlung nicht als nachtheilig angesehen habe.

2. Auch können die Vormünder sich für ihre Weigerung, das Handlungsinventar vorzulegen, nicht auf den Societätscontract, welchen der verstorbene Salomon Maas mit seinem Bruder geschlossen hat, berufen. Zwar haben die socii im § 12 desselben sich gegenseitig, namentlich auch auf den Fall des Ablebens eines derselben, die größte Geheimhaltung versprochen; allein wenn danach zu verfahren wäre, so würden die Appellanten nicht einmal den sogenannten Status vorlegen dürfen, ja selbst gar nicht berech-

tigt sein, die Handlungsbücher einzusehen, sondern sich ohne Weiteres mit den ihnen gemachten Angaben des socius begnügen müssen. Es ist aber auch ganz einleuchtend, daß weder Amschel Samuel Maas als Socius des minderjährigen Sohnes seines verstorbenen Bruders, noch die Vormünder dieses Sohnes sich nicht gegen die Vorschriften des Testaments von Salomon Maas und namentlich nicht gegen den Inhalt des § 11 dieses Testaments auf jenen Societäts-Contract berufen können. Denn nachdem der überlebende Bruder, dem im § 4 des Testaments ausgesprochenen Wunsche des Testirers gemäß, in die Fortsetzung der Handlung mit seinem Neffen gewilligt hat, obgleich ihm die Vorschriften des Testaments bekannt waren, auch in dem Curatelamts-Beschlusse vom 23. October 1837 ausdrücklich auf Modificationen, welche der Societätscontract in Folge des Testaments zu erleiden habe, hingewiesen wurde, so muß in Beziehung auf das Verhalten der Vormünder das Testament des Vaters ihres Curanden überhaupt und namentlich auch in dem hier in Frage stehenden Puncte dem Inhalte des am 1. October 1833 zwischen den beiden Brüdern geschlossenen Societätscontractes vorgehen und angenommen werden, daß der socius auf den § 12 des Societätscontractes, soweit solcher mit dem Testamente in Widerspruch stehe, verzichtet habe. Es bedarf daher kaum der Bemerkung, daß die Vormundschaftsbehörde wohl gewiß die vom Vater des Curanden gewünschte Fortsetzung der Societätshandlung unter Mitbetheiligung des letzteren nicht gestattet haben würde, wenn nicht jene im § 11 des Testaments enthaltene Abweichung von § 12 des Societätscontracts die Behörden doch einigermaßen in den Stand gesetzt hätte, den Fortgang der Handlung zu beobachten und zu beurtheilen.

3. Ferner haben die Appellanten sich in den am 15. Mai 1843 eingereichten nachträglichen Bemerkungen noch darauf stützen wollen, daß die Gesetze selbst eine Abweichung von dem sonst üblichen Verfahren zugelassen hätten, wenn, wie in dem vorliegenden Falle, der eigene Vortheil des Pupillen eine größere Geheimhaltung erfordere; wofür sie sich auf

L. 2 C. de aliment. pup. praest. (5, 50)

L. 2 pr. C. quando et quib. quarta pars deb. (10, 34)

bezogen haben. Nun konnten zwar diese Bemerkungen nicht für zulässig erachtet werden, da sie nicht bloß nach abgelaufener Rechtfertigungsfrist, sondern sogar erst nach dem Actenschlusse eingereicht wurden; es war aber die erste von jenen beiden Stellen, welche allein allenfalls hier in Betracht kommen könnte, schon von richterlichem Amtswegen in Erwägung zu ziehen. Dieselbe kann nun allerdings wohl das Curatelamt veranlassen, zu prüfen, ob überwiegende Gründe die Vorlegung des Handlungsinventars, ungeachtet der möglicher Weise für die Societätshandlung und also auch für den Pupillen daraus entstehenden Nachtheile, gebieten; allein eine rechtliche Verbindlichkeit, von dem Verlangen der Vorlegung des Handlungsinventars abzustehen, ergibt sich aus jenem Gesetze nicht. Denn dasselbe erläßt den Vormündern die Publication des Vermögens ihres Mündels nur, insofern solche zum Behufe richterlicher Feststellung der Alimente desselben erforderlich sein würde, also nur für eine Procedur, wozu die Vormünder eigentlich gar nicht verpflichtet sind. Dann ist aber auch die Publicität, wovon das Gesetz redet, nämlich die Verhandlung der Sache im öffentlichen forum eine ganz andere, als diejenige, welche das Curatelamt verlangt, wonach nur die Mitglieder dieser Behörde das Handlungsinventar einsehen wollen. Daß hieraus für das Geschäft der Societätshandlung ein wirklicher Nachtheil entstehen sollte, ist nicht anzunehmen, zumal da dasjenige, was die Kaufleute hauptsächlich als ihr Geheimniß zu betrachten pflegen, nämlich der Belauf des Vermögens und die Größe der Schuldenlast, schon durch den Status, dessen Vorlegung die Vormünder nicht verweigern, zur Kenntniß des Curatelamts gelangt. Zwar vermeinen die Vormünder, daß hieraus der große Nachtheil einer Aufkündigung der Societät von Seiten des anderen socius entstehen könnte; allein theils ist derselbe nach dem, was oben unter 2 angeführt worden ist, zu einer Aufkündigung der Societät aus diesem Grunde, so lange nur die im Testamente gesetzten Grenzen beobachtet werden, nicht berechtigt, theils würde es sich auch wohl fragen, ob diese Aufkündigung als ein Nachtheil für den Pupillen betrachtet werden dürfe, da nach der gesetzlichen Ansicht bei wohlhabenden Pupillen immer mehr auf Sicherheit des Ver-

mögens, als auf Vermehrung der Einkünfte Bedacht genommen werden soll.

4. Endlich kann auch darauf nichts ankommen, daß früher und namentlich bei der Revision der drei ersten Jahresrechnungen der Appellanten die Vorlegung des Handlungsinventars ihnen nicht zugemuthet, sondern dies Verlangen zuerst bei der vierten Jahresrechnung gestellt worden ist. Denn das bisherige Verfahren des Curatelamts enthält, wie schon von den vorigen Richtern mit Recht bemerkt ist, keine bindende Norm für die Zukunft. Wenn die Behörde bisher, dem Wunsche der Vormünder gemäß, sich mit dem vorgelegten Status begnügten, so ist sie dadurch nicht gehindert, hiervon wieder abzugehen, sobald sie ein Bedenken findet, dabei zu verbleiben. — — — Jedenfalls ist die Beurtheilung dieses Punctes lediglich dem Ermessen des Curatelamtes anheimzustellen und einer richterlichen Entscheidung überall nicht zu unterziehen.

76. Minderjährige als socii eines Handlungsgeschäftes. Anlegung von Mündelgelder.

Ihre zweite Beschwerde haben die Appellanten darin gesetzt, daß ihnen das Discontiren vorräthiger Gelder, insoweit solche Erträgnisse der Fonds des Curanden seien, versagt werden wolle. Diese Beschwerde kann jedoch überall nicht für zulässig gehalten werden, da die Vormünder sich über den unterm 17. Juni 1842 sub d. abgegebenen Bescheid des Curatelamtes — — beim Stadtgerichte gar nicht beschwert, sondern mit Ueberspringung desselben jene Beschwerde zuerst beim Appellationsgerichte angebracht haben, welches eben deßhalb darüber auch nicht erkannt hat; woraus von selbst folgt, daß eine Appellation an die dritte Instanz über denselben Gegenstand unzulässig ist. Es kann deßhalb hier keine eigentliche Entscheidung über diesen Beschwerdepunct abgegeben werden, wozu auch die Acten nicht vollständig genug vorliegen. — — — Indessen darf doch, um, wo möglich, künftigen Weiterungen vorzubeugen, nicht unbemerkt bleiben, daß die Appellanten auch in diesem Puncte nicht beschwert zu sein scheinen.

Sie stützen sich nämlich gegen das Verbot des Discontirens mit den Geldern ihres Pupillen hauptsächlich auf den dem Testa-

mente angefügten Zusatze zum § 5 desselben. Darin ist nun in Betreff der Einkünfte aus dem Privatvermögen des Pupillen gar nichts verordnet; insoweit liegt also darin kein Hinderniß, die gewöhnlichen gesetzlichen Vorschriften über das Belegen von Pupillengeldern zu befolgen, wozu die Vormünder allerdings verpflichtet sind. Dahingegen müssen sie freilich in Ansehung des überschießenden Handlungsgewinnes jenem Zusatz zum § 5 nachgehen, indem darin eine Verfügung zu Gunsten des Bruders des Testators, gleichsam ein Vermächtniß, enthalten ist. Wenn also der Bruder den Gewinn der Handlung in derselben behalten will, um darüber, wie über andere Handlungsfonds, zu disponiren, so müssen sie sich dies gefallen lassen. Ebendeßhalb können sie auch nicht umhin, wenn er den Antheil des Pupillen am Gewinne nur unter der Bedingung auskehrt, daß diese Summe zum Wiedereinschuß in die Handlung disponibel zu halten sei, sich dieser Bedingung zu unterwerfen (insofern nicht eine solche Auskehrung etwa ganz zurückzuweisen sein möchte). Folglich dürfen sie alsdann solchen Betrag nicht fest anlegen. Will das Curatelamt in Fällen dieser Art das, nach gesetzlicher Vorschrift unzulässige Discontiren nicht dispensando gestatten, und es findet sich auch keine sichere Gelegenheit, das Geld in der Art unterzubringen, daß es zu jeder Zeit disponibel ist, so werden die Vormünder es unbenutzt aufbewahren, allenfalls beim Rechneiamte deponiren müssen.

Nov. 72 c. 6.

Wenn aber der Bruder des Testators den Antheil des Pupillen am Handlungsgewinne unbedingt auskehrt, so müssen die Vormünder allerdings den Belauf gesetzmäßig anlegen und dürfen denselben weder zum Discontiren verwenden, noch in die Handlung zurückgeben; denn der Zusatz zum § 5 des Testaments gibt dem Bruder und Associé kein Recht, letzteres zu fordern.

Vergleicht man nun sämmtliche bisher über den fraglichen Punct erlassenen Bescheide des Curatelamts mit den hier ausgesprochenen Grundsätzen, so läßt sich nicht annehmen, daß darüber hinausgegangen und den Vormündern auf diese Weise zu einer gegründeten Beschwerde Anlaß gegeben sei; denn es ist wirklich anerkannt, daß die Vormünder nicht umhin könnten, jenen Zusatz

zu befolgen, aber auch mit Recht angenommen worden, daß das Discontiren ohne Billigung des Curatelamtes nicht gestattet werden könne.

XXXII.

Fanny Stern aus Vilbel, Klägerin

contra

Samuel H. dahier, Beklagten.

Die Klägerin hatte zu beweisen, daß sich der Beklagte mit ihr im November 1841 fleischlich vermischt habe, und wurde nach geführtem Beweise zu dem Erfüllungseide zugelassen vom Stadtgerichte am 20. November 1843 und auf Appellation des Beklagten unter dessen Verurtheilung in die Kosten vom
Appellationsgerichte am 10. Januar 1844,
Oberappellationsgerichte am 17. December 1846.

77. Richterliche Befugniß, über den Kostenpunct von Amtswegen zu entscheiden.

Da der Beklagte in drei übereinstimmenden Erkenntnissen für den Fall, daß Klägerin den ihr auferlegten Eid leisten würde, als sachfällig erklärt worden ist, so mußte derselbe auch in die Kosten der jetzigen, gleichwie der früheren Instanzen verurtheilt werden, indem der Umstand, daß Klägerin erst nach Einreichung ihrer Vernehmlassung darauf angetragen hat, um deßhalb unerheblich erscheint, weil über den Kostenpunct unbestritten von richterlichem Amtswegen entschieden werden kann.

XXXIII.

Bauamts-Eisenbahn-Commission dahier, Klägerin
contra
Christoph Ludwig Bernoully dahier, Beklagten.

Nachdem in einem Expropriationsprocesse das Stadtgericht am 4. September 1844 den Werth der enteigneten Grundstücke mit fl. — angenommen hatte, versuchte Beklagter in der ihm vorbehaltenen weiteren Ausführung seiner Ansprüche die jenem Entäußerungserkenntnisse zu Grunde liegende Taxation bei Seite zu setzen und durch die gewöhnlichen Beweismittel einen höheren Preis zu erzielen. Das Stadtgericht wies den Beklagten am 17. Februar 1845 mit den erhobenen Ansprüchen unter Verurtheilung in die Kosten ab. Dieses Erkenntniß wurde auf Appellation des Beklagten unter Verurtheilung desselben in die Kosten bestätigt vom

Appellationsgerichte am 5. Mai 1845,
Oberappellationsgerichte am 22. December 1846.

78. Verhältniß der im Expropriationsverfahren vorbehaltenen weiteren Ausführung zu der Taxation im Vorverfahren.

Es stellt sich das Verhältniß der im § 14 Nr. 4 des Expropriationsgesetzes vom 10. Januar 1837 vorbehaltenen weiteren Ausführung zu der Taxation im Expropriationsverfahren so dar, daß die Erstere eben die Gelegenheit geben soll, jene Taxation durch eine anderweite Art der Beweisführung, die im Expropriationsverfahren nicht zulässig war, zu entkräften; welcher Beweis dann theils solche factische Momente zum Gegenstande haben kann, wodurch die materielle Unrichtigkeit der früheren Taxation, theils auch solche, wodurch persönliche Einreden gegen die Taxatoren dargethan werden. Diese Anfechtung kann aber nicht bestehen

1. in bloßen Deductionen aus dem Inhalte der Taxation selbst, denn diese gehören in die Erklärungen der Partheien über die Letztere vor dem Entäußerungserkenntnisse und in die gegen dasselbe zuständige Appellation;

2. in einem einfachen Antrage auf eine abermalige Taxation, da diese schon im Expropriationsverfahren im gewöhnlichen und ordentlichen Wege stattgefunden hat, dann aber nach den Grundsätzen des Processes eine Wiederholung der Taxation, ohne Mängel derselben nachzuweisen, nicht verlangt werden kann;

3. in einer directen Eidesdelation über einen höheren oder geringeren Betrag der Entschädigung, als den taxirten, weil hiergegen in der früheren Taxation eine vollständige Gewissensvertretung enthalten ist.

Uebrigens wird hierdurch weder eine neue Taxation, noch der Gebrauch der Eidesdelation in dem vorbehaltenen Separatverfahren ausgeschlossen; denn auch die Erstere findet hier dann statt, wenn die vorige Taxation zuvor entkräftet ist, sowie die Letztere über specielle factische Momente, welche zu dieser Entkräftung dienen können.

79. Wesen der vorbehaltenen weiteren Ausführung im Expropriationsverfahren.

Unrichtig ist auch die fernere Behauptung des Beklagten, daß die vorbehaltene weitere Ausführung eine gewöhnliche neue Klage sei, daß darin ein erstes Verfahren stattfinde, worin der Reclamant nur seinen Anspruch aufzustellen brauche, und daß sodann das Stadtgericht über diesen Anspruch, soweit derselbe geleugnet werde, mithin über einen größeren oder geringeren Betrag der Entschädigung, als den im Entäußerungserkenntnisse festgesetzten, auf Beweis zu erkennen habe. Denn dies ist schon den Worten des § 14 Nr. 4 des Entäußerungsgesetzes vom 10. Januar 1837 zuwider, daß demjenigen Theile, der sich bei dem Entäußerungserkenntnisse nicht beruhigen wolle, die „weitere Ausführung" seiner Ansprüche vorzubehalten sei; jedenfalls aber der offenbaren Absicht des Expropriationsgesetzes, indem das vollständige erste Verfahren über den Betrag der Entschädigungsansprüche bereits im Expro-

priationsverfahren stattgefunden hat und darauf, nach einem regelmäßigen Beweise durch Taxation, dieser Betrag durch das Entäußerungserkenntniß nicht provisorisch, sondern an sich definitiv festgesetzt ist. Hiergegen ist vielmehr die vorbehaltene weitere Ausführung eine Fortsetzung des Expropriationsverfahrens in diesem processualischen Stadium, und muß sofort mit der Anfechtung oder Beseitigung der Taxation, also jedenfalls mit einer genauen Angabe derjenigen speciellen factischen Momente, durch welche dieselbe entkräftet werden soll, und einer Deduction ihrer Erheblichkeit in dieser Beziehung anfangen. Ob dieses schon genüge und dann vom Stadtgerichte erst durch ein Interlocut auf den Beweis jener speciellen Momente zu erkennen sei, oder ob nicht zugleich auch die Beweisantretung sofort in dem ersten Schriftsatze geschehen müsse, welchen letzteren Weg der Beklagte selbst eingeschlagen hat, kann hier nach der Lage der Sache dahingestellt bleiben.

XXXIV.

Bauamts-Eisenbahn-Commission dahier, Klägerin

contra

Georg Hermann Rothhan dahier, Beklagten.

In vorliegender Enteignungssache handelt es sich um ein Baumstück, von dem der Beklagte behauptet, daß es sich zu einem Bauplatz eigene und aus diesem Grunde einen erhöhten Werth habe. Es wurde deßhalb das Grundstück sowohl der Taxation von Oeconomieverständigen, als der von Bauverständigen unterworfen. Die ersteren nahmen zwar einen bei weitem geringeren Feldwerth des Grundstückes an, berechneten aber dadurch, daß sie jeden einzelnen Baum besonders taxirten, einen viel höheren Werth, als die Bauverständigen, die den Platz zu einer Fabrikanlage geeignet hielten und als solchen abschätzten.

Das Stadtgericht sprach nun am 26. Februar 1845 dem Beklagten den Bauplatzwerth und den von den Deconomieverständigen abgeschätzten Werth der Bäume zu. Auf Appellation der Klägerin erkannte unter Verurtheilung derselben in die Kosten das Appellationsgericht am 28. Mai 1845, daß nur die eine oder die andere Taxation dem Entäußerungserkenntnisse zu Grunde zu legen sei, und zwar diejenige, durch welche der höchste Preis erzielt werde, mithin die Klägerin den von den Deconomieverständigen berechneten Werth zu bezahlen habe. Dieses Urtheil wurde auf Oberappellation des Beklagten unter dessen Verurtheilung in die Kosten vom Oberappellationsgerichte am 24. December 1846 bestätigt.

80. Expropriationsverfahren. Werth des Grundstücks als eines zu einer Fabrikanlage geeigneten. Werth der auf dem Grundstück befindlichen Bäume.

Soviel den Antrag des Beklagten in der Sache selbst betrifft, so konnte demselben in dem Maße, wie er solchen gestellt hat, nämlich ihm neben dem von den Bauverständigen taxirten Grundwerthe auch noch den vollen, von den Deconomieverständigen taxirten Werth der sämmtlichen Aepfelbäume zuzuerkennen, offenbar nicht stattgegeben werden. Denn der von den Bauverständigen taxirte Grundwerth ist nach dem Inhalte ihres Berichtes derjenige, welchen das Grundstück als ein zu einer Fabrikanlage geeigneter Platz hat; bei dieser Art der Benutzung nun aber hört dessen Benutzung als Baumstück auf, es kann also nicht zu jenem Grundwerthe zugleich noch der Werth der sämmtlichen Aepfelbäume nach ihrem capitalisirten Ertrage hinzugerechnet werden. — — — —

In seinen Deductionen hat nun zwar der Beklagte außerdem noch angeregt, daß bei der gedachten Verwendung doch nicht die sämmtlichen Aepfelbäume weggenommen zu werden brauchten, weil in diesem Falle nicht der ganze Raum mit Gebäuden besetzt werden würde; und so könnte es in Frage kommen, ob nicht etwa von den Sachverständigen — unter welchen die Bauverständigen anscheinend bei ihrer Taxation auf die Aepfelbäume keine Rücksicht genommen haben, — ein nachträgliches Gutachten darüber ein-

zufordern sei, inwiefern das Grundstück bei seiner Verwendung zu einer Fabrikanlage wegen der Möglichkeit, daß ein Theil der Aepfelbäume stehen bleiben könne, einen höheren Werth als den jetzt von den Bauverständigen taxirten habe. Es war jedoch, zumal bei dem Mangel eines deßfallsigen Antrages des Beklagten, eine solche Verfügung nicht zu treffen. Denn da hier nicht von einer Verwendung des Grundstücks zu einem Landhause mit Gartenanlagen, sondern zu einer Fabrik oder einem Gewerbsbetriebe die Rede ist, wobei es ganz von der besonderen Beschaffenheit dieser Fabrik oder dieses Gewerbes abhängt, nämlich theils davon, wie viele Gebäulichkeiten, Magazine u. s. w. dazu erforderlich sind, theils davon, inwiefern der übrig bleibende Raum ein leerer offener Platz sein muß, ob überhaupt Aepfelbäume, oder doch welch' ein Theil derselben stehen bleiben können, so würde jene Veranschlagung des gedachten etwaigen Mehrwerths eine bloße vage, höchst unbestimmte Möglichkeit zum Gegenstande haben. Daher würde es dann

1. schon sehr bedenklich sein, ob der Beklagte theils nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts

L. 29 § 3 in f. D. ad leg. Aquil. (9, 2)

L. un. C. de sentent. quae pro eo (7, 47)

theils nach dem

§ 12 des Exprop.-Ges.,

wonach es nur auf das wirkliche Interesse ankommen soll, rechtlich befugt wäre, eine derartige Entschädigung in Anspruch zu nehmen. Ferner

2. ist es höchst zweifelhaft, ob die Sachverständigen zu einer solchen, aller festen Basis entbehrenden Veranschlagung überhaupt im Stande sein würden; und endlich

3. müßte, wenn die fragliche Maßregel dem Beklagten zu etwas nützen sollte, der von den Bauverständigen zu ihrem jetzigen Taxat zu machende Zusatz mehr als die Summe von fl. 900 betragen, um welche der dem Beklagten in der vorigen Instanz zuerkannte Feldgutswerth höher ist, als jenes Taxat; dies ist aber eben wegen der oben ausgeführten völligen Ungewißheit der Veranschlagung in quanto gar nicht anzunehmen.

XXXV.

Bauamts-Eisenbahn-Commission dahier, Klägerin
contra
die Ehefrau von Johann Heinrich de Bary, Cäcilie Amalie, geb. Gontard dahier, Beklagte.

Die Oeconomieverständigen hatten das enteignete Grundstück in seinem Feldwerthe zu fl. —, die darauf befindlichen Bäume zu fl. — taxirt, auch die ernannten Bauverständige dem expropriirten Objecte die Qualität eines zu einem Landhause geeigneten Bauplatzes zugesprochen und den Werth desselben zu ungefähr dem doppelten des taxirten Feldwerths mit fl. — angenommen. Beklagte erhob in formeller und materieller Beziehung gegen den Inhalt der eingekommenen Schätzungsberichte Einwendungen. Das Stadtgericht erkannte am 19. März 1845 der Beklagten die von den Bauverständigen taxirte Werthsumme, sowie den von den Oeconomieverständigen abgeschätzten Werth der Bäume zu. Auf beiderseitige Appellation erkannte das Appellationsgericht am 13. Juni 1845, daß Klägerin nur den Bauplatzwerth mit fl. — zu zahlen habe. Auf Oberappellation des Beklagten erkannte unter Compensation von 1/4 und Verurtheilung der Beklagten in die weiteren 3/4 der Kosten das Oberappellationsgericht am 31. December 1846, daß vom Stadtgerichte unter Verweisung der ernannten Sachverständigen auf den von ihnen bereits geleisteten Eid, noch aufzugeben sei

1. zuvörderst den Bauverständigen: darüber zu berichten, ob sie bei dem von ihnen zu fl. — taxirten Werthe des Grundstückes als eines Bauplatzes schon Rücksicht auf die darauf befindlichen Aepfelbäume, nämlich theils auf den Umstand genommen haben, daß in dem Falle einer Benutzung jener Grundstücke zu einem Landhause muthmaßlich ein Theil des Flächenraums zu Garten-

anlagen verwendet sein würde und insoweit die gedachten Bäume vielleicht hätten stehen bleiben können, theils auf den Holzwerth der übrigen Bäume, und wenn dieses der Fall sein sollte, anzugeben, wieviel sie bei der Festsetzung der obgedachten Summe wegen der Aepfelbäume zu dem Werthe des Grundstückes als eines leeren Bauplatzes hinzugerechnet haben;

2. sodann aber den Bau- und Oeconomie-Verständigen: gemeinschaftlich den Mehrwerth zu taxiren, welcher dem Grundstücke als einem Bauplatze, außer dem von den Bauverständigen in [22] act. festgesetzten oder eventualiter nach der Bestimmung unter 1 zu reducirenden Werthe wegen der Aepfelbäume in den beiden unter 1 angeführten Rücksichten beizulegen sei; worauf demnächst vom Stadtgerichte nach Vernehmung der Partheien, über den Betrag der Entschädigungssumme in der gedachten Rücksicht, sowie über die ferneren Kosten erster Instanz weiter, was Rechtens, zu erkennen ist.

81. Formelle Mängel der Gutachten von Sachverständigen.

Die Beklagte begründet ihren Antrag, die jetzigen Taxationen der Bau- und Oeconomieverständigen zu verwerfen und neue Taxationen durch andere Sachverständige anordnen zu lassen, zunächst auf zwei formelle Mängel, nämlich

1. daß darin, gegen die Vorschrift des Expropriationsgesetzes vom 10. Januar 1837 im § 12 Nr. 4, nicht der in die Eisenbahn fallende Theil und die übrigbleibenden, mit zu übernehmenden Theile des Grundstücks besonders, sondern dasselbe nur im Ganzen taxirt worden, und

2. daß darin die in dem Bescheide des Stadtgerichtes vom 25. Mai 1844 und in der Eidesformel vorgeschriebene specielle Bezugnahme auf die entsprechenden Bestimmungen des gedachten § 12 fehle. Allein

1. anlangend den ersten Punct, so ist es freilich richtig, daß jene formelle Rüge der Beklagten gegründet ist; denn die angeführte gesetzliche Vorschrift läßt sich nicht wohl auf den Fall beschränken, wo wegen der Mitübernahme der übrigbleibenden

Theile ein Streit unter den Partheien stattfindet, da dieselbe allgemein und unbedingt lautet und auch nicht angenommen werden kann, daß dieser Fall etwa stillschweigend dabei vorausgesetzt wäre, indem derselbe bei den klaren Bestimmungen des Gesetzes im § 8 über die Verbindlichkeit zu der fraglichen Mitübernahme nur selten und ausnahmsweise vorkommen wird. Aber nicht jede Abweichung von einer in einer Instruction für Taxatoren enthaltenen Vorschrift über die äußere Einrichtung der Taxation ist ohne Weiteres eine Nichtigkeit, sondern ihr Einfluß auf die Gültigkeit der Schätzung hängt erst davon ab, inwiefern sie wesentlich und erheblich ist, und in dem jetzt vorliegenden Falle, wo wegen der Uebernahme des ganzen Grundstücks gar kein Anstand stattfindet, ist jener formelle Mangel materiell völlig gleichgültig und ohne alles Interesse für die Beklagte, weßhalb denn auch die von der Klägerin in Bezug genommene Analogie der

Reichskammer-Gerichtsordnung Th. 3 tit. 34 § 1

hier zur Anwendung kommt. — — — — Ebensowenig läßt sich aus der Nichtbeobachtung der mehrerwähnten Vorschrift des § 12 ein Schluß auf die Nachlässigkeit der Taxatoren im Allgemeinen ziehen; denn nach der Fassung des Bescheides vom 25. Mai 1844 konnten sie denselben gar wohl in dem Sinne verstehen und haben ihn muthmaßlich so verstanden, daß sie für diesen speciellen Fall besonders angewiesen seien, das Grundstück nur im Ganzen zu taxiren.

2. Was den zweiten Punct betrifft, so kann darüber, daß die Sachverständigen die Bestimmungen des § 12 gekannt und bei ihrer Taxation berücksichtigt haben, kein Zweifel sein, — — — es steht vielmehr nur die formelle Vorschrift der Bezugnahme auf den § 12 in den schriftlichen Berichten der Taxatoren in Frage. Wäre nun der Sinn dieser Vorschrift, daß die Sachverständigen — was gewiß als sehr zweckmäßig erscheint, um die Genauigkeit der Taxation völlig sicher zu stellen — in ihren Berichten die sämmtlichen einzelnen Bestimmungen des § 12 durchgehen und dabei speciell erörtern sollten, inwiefern dieselben bei dem zu taxirenden Grundstücke einträten und zu berücksichtigen seien oder nicht, so würde es freilich sehr zweifelhaft sein, ob nicht

die Nichtbeobachtung jener Vorschrift als ein wesentlicher Mangel betrachtet werden müßte; allein es läßt sich wohl annehmen, daß das Stadtgericht selbst, von welchem die fragliche Vorschrift, die sich im Expropriationsgesetze nicht findet, lediglich herrührt, dieselbe in dem Sinne ausgelegt habe, daß darunter nur eine ausdrückliche Bezugnahme auf die Bestimmungen des § 12 im Allgemeinen zu verstehen sei, indem das Stadtgericht in der hier vorliegenden Sache über jenen Punct als unwesentlich aus dem Grund hinausgegangen ist, weil die wirkliche Berücksichtigung des § 12 ohnehin zu präsumiren sei und in den drei andern jetzt an das Oberappellationsgericht gelangten Expropriationssachen c. Bernoully, c. Rothhan und c. Reutlinger —, wo sich in den Taxationen die erstgedachte Art der Bezugnahme auf den § 12 ebenso wenig findet, dies nicht gerügt hat, wie denn auch in den erwähnten drei anderen Sachen jener Mangel von den beklagten Partheien gar nicht urgirt ist, welche mithin eben dieselbe Ansicht gehabt zu haben scheinen. Geht man nun aber von dieser Auslegung aus, so ist in dem Berichte der Oeconomieverständigen der Vorschrift ein Genüge geschehen, und die Nichtbeachtung derselben in dem Berichte der Bauverständigen ist dann auch hier kein materiell wesentlicher Mangel und ohne Interesse für die Beklagte, mithin das oben unter 1 Angeführte gleichfalls anzuwenden. Freilich ist es bei diesem Puncte eine zu mißbilligende Unachtsamkeit der Bauverständigen, daß in ihrem Berichte jede Erwähnung des § 12 gänzlich fehlt; indessen läßt sich doch auch hier daraus, daß sie jenen in ihre Instruction eingeschobenen Nebenpunct übersehen haben mögen, nicht der Schluß ziehen, daß sie bei der Schätzung selbst ungewissenhaft oder ungenau verfahren wären.

82. Expropriationsverfahren. Werth des Grundstückes als eines Bauplatzes. Werth der auf dem Grundstücke befindlichen Bäume.
(cf. Nr. 80.)

Beklagte trägt in omnem eventum darauf an, wenigstens das Erkenntniß des Stadtgerichtes wiederherzustellen, mithin ihr neben dem von den Bauverständigen taxirten Werthe auch noch

den von den Oeconomieverständigen taxirten Werth der Aepfelbäume zuzusprechen. Dieser Beschwerde konnte nun zwar

1. in dem Maße, wie sie hier aufgestellt ist, nicht stattgegeben werden; denn da bei einer Benutzung des Grundstücks zu einem Landhause mit Gartenanlagen, auf welcher Voraussetzung der von den Bauverständigen taxirte höhere Grundwerth beruhet, wohl unvermeidlich ein Theil der Bäume weggenommen werden muß, so kann die Beklagte nicht neben dem letzteren Taxat den Werth aller tragbaren Aepfelbäume nach ihrem capitalisirten Ertrage in Anspruch nehmen. Dahingegen

2. kann sie allerdings neben dem Werthe, welchen das Grundstück als leerer Bauplatz hat,

a. den Werth eines Theils der Aepfelbäume als fruchttragender Bäume fordern, da bei der mehrerwähnten Verwendungsart des Grundstücks, von welcher die Bauverständigen ausgegangen sind, immer oder doch in der Regel der größere Theil eines Platzes von diesem Umfange als Garten benutzt wird, insoweit also die Aepfelbäume stehen bleiben können; und außerdem

b. den Holzwerth der übrigen Bäume, was von selbst klar und auch von der Klägerin in der vorigen Instanz anerkannt ist.

Wenn hier die Klägerin gegen den erstgedachten Anspruch unter a einwendet, daß die Bauverständigen das Grundstück in allen seinen Theilen als Bauplatz taxirt hätten, so beseitigt sich dies durch den schon mehrfach angeführten übrigen Inhalt ihres Gutachtens, wonach sie bei ihrer Taxation unter Bauplatz einen zu einem Landhause und zum ländlichen Aufenthalte geeigneten, mithin zum größeren Theile nicht mit Gebäuden zu besetzenden, sondern zu Gartenanlagen zu verwendenden Platz verstehen.

Ebenso wenig kann der in dem vorigen Erkenntnisse gegen die obigen Ansprüche geltend gemachte Grund für zutreffend erachtet werden, daß die Bauverständigen bei ihrer Preisbestimmung die auf dem Grundstücke befindlichen Aepfelbäume schon berücksichtigt hätten. Denn theils ist dieser letztere Umstand bis jetzt völlig ungewiß, da in dem Berichte der Bauverständigen hiervon nichts vorkommt, — — — theils sind aber auch die Bauverständigen für sich allein zu der fraglichen Abschätzung nicht befähigt, bei

welcher es wesentlich mit auf die Güte und den Ertragswerth der Bäume ankommt.

Endlich treten auch in der hier vorliegenden Sache nicht diejenigen Rücksichten ein, welche in der Sache der Klägerin c. Rothhan, worin vom Oberappellationsgerichte am 24. d. M. erkannt worden ist, gegen die Anordnung einer derartigen Abschätzung entscheidend waren; denn in dieser letzteren Sache stand nicht eine Verwendung des Grundstücks zu einem Landhause, sondern zu einer Fabrik oder einem Gewerbsbetriebe in Frage, wobei es als eine bloße unbestimmbare Möglichkeit erscheint, ob überhaupt Bäume und wie viele, stehen bleiben können, und zugleich war dort die Taxation als Feldgut die bei weitem höhere, so daß der zu dem Bauplatzwerthe wegen der Aepfelbäume hinzukommende Mehrwerth, um dem Beklagten einen Vortheil zu gewähren, eine unter keinen Umständen zu erwartende Summe hätte erreichen müssen.

Demnach war, wie im Urtheile geschehen, zu erkennen.

XXXVI.

Sophia Birnstiel von Windsbach, Klägerin

contra

Jacob Cahn aus Kriegshaber, Beklagten.

In Folge eines von der Klägerin vermittelst Urkunden und Zeugen geführten Beweises wurde dieselbe vom Stadtgerichte am 16. März 1846 zum Erfüllungseide zugelassen. Dieses Erkenntniß wurde auf Appellation des Beklagten unter dessen Verurtheilung in die Kosten bestätigt vom

Appellationsgerichte am 25. Mai 1846,
Oberappellationsgerichte am 31. December 1846.

Entscheidungen

des

Oberappellationsgerichtes

im

Jahr 1847.

XXXVII.

Bauamts-Eisenbahn-Commission dahier, Klägerin

contra

Johann Ludwig Reutlinger und dessen Ehefrau dahier, Beklagte.

In die Baulinie der Offenbacher Eisenbahn fiel eine Seilerbahn, die den Beklagten gehörte. Diese forderten unter Anderem einen Mehrwerth, den das Grundstück als Seilerbahn habe, und eine Entschädigung wegen Geschäftsstörung. In dem Vorbescheide, den das Stadtgericht am 18. April 1845 erließ, wurden diese beiden Puncte verworfen und den Sachverständigen die Taxation des Güterstücks aufgegeben. In Folge der Abschätzung erkannte das Stadtgericht am 1. December 1845 den Beklagten die Entschädigungssumme von fl. — zu. Auf Appellation der Beklagten wurde dieses Urtheil vom Appellationsgerichte am 26. Januar 1846 bestätigt, dagegen unter Kostencompensation vom Oberappellationsgerichte am 9. Januar 1847 dahin abgeändert,

1. daß in Ansehung des Anspruches der Beklagten wegen der Seilerbahn durch geeignete Sachverständigen ein Gutachten über die Frage, ob das Grundstück Gew. 16 Nr. 51 der Sachsenhäuser Gemarkung nach seiner besonderen Beschaffenheit außer seinem bereits von den Oeconomieverständigen taxirten Werthe als Garten noch einen Mehrwerth als Seilerbahn gehabt habe, abzugeben, und falls sie diese Frage bejahen, solcher Mehrwerth abzuschätzen sei, worauf demnächst vom Stadtgerichte über diesen Punct ferner, was Rechtens, zu erkennen ist;

2. daß, soviel die Ansprüche der Beklagten auf Entschädigung für die Unterbrechung ihres Gewerbes bis zu der Erwerbung einer neuen Seilerbahn und für die verlorene regelmäßige Kundschaft in

und bei Sachsenhausen betrifft, es den Beklagten unbenommen bleibe, auch diese Ansprüche, insoweit sie sich damit durchzukommen getrauen, in dem ihnen im Entäußerungs-Erkenntnisse vorbehaltenen Separatverfahren geltend zu machen, wohingegen es im Uebrigen bei dem vorigen Erkenntnisse belassen wird.

83. Definitiv-Erkenntnisse im Sinne des § 10 des Expropriationsgesetzes vom 10. Januar 1837.

Die in zweiter Instanz angebrachte erste und zweite Beschwerde der Beklagten sind im vorigen Erkenntnisse, ohne auf deren Materialien einzugehen, aus dem Grunde als unzulässig verworfen, weil diese Ansprüche der Beklagten schon durch das frühere Decret des Stadtgerichtes vom 18. April 1845 für unstatthaft erklärt worden, letzteres Decret aber insoweit in Rechtskraft getreten sei; und hiergegen ist die jetzige erste Beschwerde der Beklagten gerichtet.

Nun läßt sich freilich nicht verkennen, daß die Frage als zweifelhaft erscheint, ob nicht solche Bescheide des Stadtgerichts im Expropriationsverfahren, wodurch wegen gewisser Ansprüche des Eigenthümers eine Taxation verfügt wird, zugleich aber gewisse andere Ansprüche desselben definitiv für ungegründet erklärt werden, in Ansehung dieser letzteren Entscheidung zu den Definitiverkenntnissen gehören, gegen welche nach § 10*) des Expropriationsgesetzes vom 10. Januar 1837 die Appellation zulässig ist. Indessen mußten doch die folgenden Gründe für überwiegend erachtet werden, um die Ansicht als die richtigere anzunehmen, daß im § 10 unter jenen Definitiverkenntnissen nur die Entäußerungserkenntnisse, von denen der § 14 handelt und wodurch einerseits dem Entäußerer das Grundstück zuerkannt, andererseits der dafür an den Eigenthümer zu bezahlende Preis festgesetzt wird, zu verstehen, daß hingegen alle früheren vor-

*) § 10. Gegen Vorbescheide des Stadtgerichts, die hier bloß als proceßleitend angesehen werden, findet keine Appellation Statt; gegen Definitiv-Erkenntnisse desselben kann dagegen die Appellation oder jedes andere zulässige Rechtsmittel, jedoch nur mit devolutiver Wirkung, eingewendet werden.

gängigen Bescheide des Stadtgerichts, ohne Rücksicht auf ihren Inhalt, mithin auch die obgedachte Art derselben ihrem ganzen Umfange nach, unter den Vorbescheiden begriffen seien, welche nach § 10 in diesem Verfahren nur als proceßleitend angesehen werden und wogegen keine Rechtsmittel stattfinden.

1. Diese Auslegung des § 10 ist dem Wortsinne ebenfalls entsprechend, da es gar nicht ungewöhnlich ist, unter dem Ausdrucke Definitiverkenntnisse solche Erkenntnisse zu verstehen, wodurch ein gewisses processualisches Verfahren beendigt und erledigt wird.

2. Daß nun aber das Wort in § 10 in diesem Sinne, nämlich für die Entäußerungserkenntnisse, gebraucht sei, dafür ist der Inhalt des unmittelbar darauf folgenden § 11 entscheidend. Denn hier ist theils in dem Satze: „Kann dem Eigenthümer oder Berechtigten auf die stattgehabten Verhandlungen und producirten Urkunden die verlangte Entschädigung nicht sofort zugesprochen, also ein Definitiverkenntniß nicht erlassen werden" der Begriff eines Definitiverkenntnisses dahin bezeichnet, daß es dasjenige sei, worin die dem Eigenthümer gebührende Entschädigungssumme festgesetzt werde; theils ist in den Schlußworten demjenigen Bescheide des Stadtgerichts, welcher die Verfügungen wegen der Taxation enthält, das Entäußerungserkenntniß, wovon der § 14 handelt, ausdrücklich mit der Bezeichnung „das Definitiverkenntniß" entgegengesetzt, und da nun, so oft im ersten Verfahren gewisse Entschädigungsansprüche des Eigenthümers als an sich unbegründet bestritten sind, das Stadtgericht bei der Erlassung jener Verfügungen über diesen Punct, insoweit es dazu ohne Zuziehung von Sachverständigen im Stande ist, sofort zu entscheiden und an sich unbegründete Ansprüche zu verwerfen hat, weil hierüber kein Beweisverfahren durch eine Taxation angeordnet werden darf, da mithin der Fall einer solchen theilweisen Verwerfung der Entschädigungsansprüche in dem gedachten Bescheide gar nicht zu den ungewöhnlichen gehört, so ist zugleich anzunehmen, daß derselbe bei jenen Schlußworten des § 11 mit bedacht, also, daß auch in diesem Falle der fragliche Bescheid für kein Definitiverkenntniß erklärt sei.

3. Ferner spricht für die obige Auslegung des § 10, daß der Grund und Zweck der darin enthaltenen Beschränkung der Appellation im Expropriationsverfahren darin besteht, die Abgebung des Entäußerungserkenntnisses und dadurch die Entäußerung selbst und die Ausführung des beabsichtigten Unternehmens mit Beseitigung jedes Aufenthaltes möglichst zu beschleunigen, nun aber durch die Zulassung einer Appellation gegen Bescheide von der fraglichen Art allerdings, ungeachtet des versagten Suspensiveffects, unter Umständen ein solcher Aufenthalt bewirkt werden könnte, nämlich in dem Falle, wenn vor Abgebung des Entäußerungserkenntnisses ein reformatorisches Urtheil höherer Instanz erfolgte und daher nun erst ein anderweites Taxationsverfahren eintreten müßte.

4. Endlich kommt hier auch noch in Betracht, daß nach dem Entwurfe des Expropriationsgesetzes, welcher vom Senate am 22. Juni 1836 der gesetzgebenden Versammlung vorgelegt wurde (Frankfurt. Jahrbücher Bd. 7 p. 232. 233) und hinsichtlich dessen die Commission der Letzteren bei der Vorlegung des jetzigen Expropriationsgesetzes in ihrem Berichte vom 15. October 1836 (ibid. Bd. 8 p. 109) erklärt hat, sie habe jenen Entwurf stets möglichst berücksichtigt, im Expropriationsverfahren gar keine Appellation, auch nicht einmal gegen das Entäußerungserkenntniß, stattfinden sollte (§ 20). Der § 10, insofern derselbe eine Appellation gegen Definitiverkenntnisse gestattet, ist also eine Beschränkung des Entwurfs und daher findet die eintretende Interpretationsregel, daß abändernde Particulargesetze im Zweifel in dem Sinne auszulegen sind, wonach sie eine geringere Abweichung vom gemeinen Rechte enthalten, hier keine Anwendung, vielmehr ist die Präsumtion für die geringere Abweichung von dem Senatsentwurfe.

Aus dem in § 10 gebrauchten Pluralis „gegen Definitiverkenntnisse" läßt sich kein Einwand hiergegen entnehmen, indem dort nicht von einem einzelnen Expropriationsprocesse, sondern von dem Expropriationsverfahren im Allgemeinen die Rede ist; und ein der obigen Ansicht entgegenstehender Frankfurter Gerichtsgebrauch, welcher die Anwendung der Vorschrift der

L. 13 C. de sentent. et interl. (7, 45)

verhindern könnte, ist nicht vorhanden, da die Klägerin, außer dem jetzt angefochtenen Erkenntnisse des Appellationsgerichtes, nur noch eine einzige andere Entscheidung desselben von gleichem Inhalte anzuführen vermocht hat.

84. Expropriationsverfahren. Enteignung einer Seilerbahn.

Von den nach den Materialien zu prüfenden Beschwerden ist die zweite, welche darin besteht, daß der Anspruch der Beklagten auf den Mehrwerth, welchen ihr Grundstück als Seilerbahn habe, abgewiesen und ihrem Antrage auf eine Begutachtung desselben durch Sachverständige nicht stattgegeben sei, für gegründet zu achten.

Die Beklagten haben nämlich diesen Anspruch durch die besondere Beschaffenheit ihres Grundstücks motivirt und zwar in zweifacher Hinsicht:

1. ein Grundstück müsse, um zu einer guten Seilerbahn tauglich zu sein, gewisse specielle Eigenschaften haben, als welche in erster Instanz eine beträchtliche Länge und eine Beschattung durch Bäume von gehörigem Alter, und in zweiter Instanz, — was nach den Grundsätzen des beneficii novorum völlig zulässig war —, noch ferner eine bestimmte Richtung der langen Seite zu dem Sonnenstande und eine vollkommen wagerechte Fläche angeführt sind, diese Eigenschaften aber besitze das Grundstück der Beklagten in einem vorzüglichen Maße;

2. dasselbe sei wegen seiner Lage in der unmittelbaren Nähe von Sachsenhausen für den Betrieb der Seilerprofession besonders vortheilhaft, und ein entferntes Grundstück, selbst wenn es die obigen Eigenschaften hätte, dazu nicht tauglich; in dieser Nähe von der Stadt aber sei ein solches Grundstück sehr schwierig zu haben. Wenn nun das Stadtgericht diesen Anspruch ohne Weiteres aus dem Grunde verworfen hat, weil eine Seilerbahn auf jedem Platze, der nur die gehörige Länge habe, angelegt werden könne und an solchen Plätzen kein Mangel sei, so kann der Richter nicht als befugt und als befähigt angesehen werden, einen solchen Ausspruch, wobei es auf specielle technische Fragen ankommt, für sich allein, ohne Zuziehung von Sachverständigen zu thun; viel-

mehr ist es processualisch nothwendig, zuvörderst über die Vorfrage, ob dem Grundstücke wegen seiner besonderen gedachten Beschaffenheit ein Mehrwerth als Seilerbahn beizulegen sei, ein Gutachten von Sachverständigen einzufordern, ebenso, wie das Stadtgericht in Expropriationssachen jederzeit Bauverständige zur Begutachtung der Frage zuzieht, ob ein gewisses Grundstück einen Mehrwerth als Bauplatz habe, wenn hierüber unter den Partheien gestritten wird. — — — —

Demnach war wegen dieses Punctes die in dem jetzigen Erkenntnisse gemachte Verfügung zu treffen, wobei es jedoch nicht angemessen erschien, zu bestimmen, — wie dies die Beklagten verlangen —, daß zu den Sachverständigen ausschließlich Seilermeister genommen werden müßten, da es sehr wohl sein kann, daß sich auch noch andere geeignete Sachverständige finden lassen, die vielleicht noch weniger eigenes Interesse bei der Sache haben und deren Mitzuziehung daher zweckmäßig sein könnte. Uebrigens wird diesen Sachverständigen vom Stadtgerichte, außer der Mittheilung der Acten zur Einsicht, eine genaue Instruction zu ertheilen sein, worin die eben angeführten, von den Beklagten zur Motivirung des fraglichen Mehrwerthes angegebenen speciellen Gründe auszuheben und die Sachverständigen namentlich anzuweisen sind, sich darüber auszusprechen, ob die von den Beklagten angeführten Eigenschaften der Beschattung, einer gewissen Richtung der langen Seite des Grundstücks zu dem Sonnenstande und einer vollkommen wagerechten Fläche zur Anlegung einer Seilerbahn erforderlich oder doch dabei vortheilhaft seien, ob diese Eigenschaften bei der Seilerbahn des Beklagten vorhanden gewesen, und ob aus diesen und den übrigen von den Beklagten geltend gemachten Gründen dem Grundstücke außer dem schon von den Oeconomieverständigen taxirten Werthe als Garten noch ein besonderer Mehrwerth als Seilerbahn, und welcher, beizulegen sei.

85. Expropriationsverfahren. Schaden des Handwerksmannes in seinem Geschäfte durch Enteignung des Grundstücks.

Der Gegenstand der dritten Beschwerde ist, daß nicht berücksichtigt worden seien die Entschädigungsansprüche der Beklagten

1. wegen der theilweisen Unterbrechung des Betriebes des Seilergewerbes in der Zwischenzeit von dem Beginnen der Eisenbahnarbeiten auf dem Grundstücke der Beklagten bis zu dem Erwerbe einer neuen Seilerbahn, indem der Beklagte während dieser Zeit auf seinem früheren Grundstücke nur noch habe kurze Waaren verfertigen können, und

2. wegen des Verlustes der bisherigen regelmäßigen Kundschaft in und bei Sachsenhausen. — — — Die Verwerfung jenes anfänglich weiter gehenden Anspruchs ist vom Stadtgericht motivirt: — — — —

2. durch den formellen Grund, daß dieser Anspruch nicht in das im Expropriationsgesetze angeordnete Verfahren gehöre, welches nur die Entschädigung für die abzutretenden Grundstücke zum Gegenstand habe.

Außerdem aber hat noch die Klägerin in der gegenwärtigen Instanz andere Gründe für die Verwerfung der jetzigen modificirten Ansprüche vorgebracht, nämlich — — — —

5. der fragliche Schaden sei schon von den Bauverständigen durch eine höhere Taxation der Gebäulichkeiten berücksichtigt worden.

Allein diese sämmtlichen Gründe sind entweder überall nicht zutreffend, oder doch nicht zu einer gänzlichen Abweisung jener Ansprüche geeignet. Denn — — —

2. Anlangend den zweiten Grund, so ist derjenige Schaden, welchen ein Handwerksmann, der bisher auf dem expropriirten Grundstücke selbst sein Gewerbe betrieben und seine Arbeiten verkauft hat, durch die Unterbrechung seines Gewerbbetriebes und den Verlust seiner Kundschaft erleidet, allerdings ein ihm durch die Expropriation des Grundstücks zugefügter Schaden, und sein deßfallsiges Interesse gehört zu dem Werthe, welchen dieses Grundstück für ihn wegen seiner besonderen Gewerbsverhältnisse hatte und der nach § 12 Nr. 1 mit in Anschlag gebracht werden soll. — — — —

5. Das Anführen unter 5 endlich ist zwar nach dem Inhalte des Berichts der Bauverständigen in Ansehung der Unterbrechung des Gewerbs, — nicht der verlornen Kundschaft — richtig, aber dieser Umstand kann den Beklagten nicht präjudiciren, da die Bau-

verständigen zu einer Taxation des hier in Frage stehenden Schadens weder berufen, noch befähigt waren. Diese ganz unbehörige Taxation kann daher die Beklagten nicht verhindern, eine Ausmittlung desselben im ordnungsmäßigen und legalen Wege zu verlangen; in welchem Falle dann freilich auch wieder der Klägerin, wenn den Beklagten eine Entschädigung wegen der fraglichen Ansprüche zugebilligt werden sollte, die Befugniß zustehen würde, eine Reduction der jetzigen Taxation der Bauverständigen zu beantragen und durch eine abermalige auf den wirklichen Werth der Gebäulichkeiten, ohne einen Zusatz für den Schaden durch die Unterbrechung des Gewerbes, zu richtende Abschätzung von Seiten der vorigen Bauverständigen zu erwirken, indem ihr in diesem Falle ihre Anerkennung der jetzigen Taxation der Bauverständigen nicht entgegenstehen könnte. — — — Diese Ansprüche erfordern jedoch zu ihrer Basis erst eine Menge von thatsächlichen, den Sachverständigen als solchen nicht bekannten, bis jetzt aber überall nicht constatirten und theilweise von der Klägerin ausdrücklich geleugneten Umständen. — — — Hierüber ist also eine anderweite Beweisführung nöthig und dies erkennen auch die Beklagten an, indem sie erklärt haben, den deßfallsigen Beweis durch Zeugen und Eidesdelation führen zu wollen; ein solcher Beweis nun aber ist im Expropriationsverfahren nach § 11 des Expropriations-Gesetzes unzulässig, und hier kein anderer Beweis statthaft, als durch klare Urkunden, Geständniß des Gegners in den Verhandlungen, Augenschein und Taxation. Daher konnte denn diese Beschwerde nur insoweit berücksichtigt werden, daß den Beklagten nach Maßgabe des § 14 sub 4 vorzubehalten war, auch diese Ansprüche — — — in dem ihnen bereits im Entäußerungserkenntnisse im Allgemeinen reservirten Separatverfahren weiter auszuführen.

XXXVIII.

Joseph Friedrich Maximilian Mylius dahier, Imploranten.

Carl Friedrich Mylius errichtete ein Testament, in welchem er die Kinder seines Sohnes Joseph Friedrich Maximilian zu Erben eines Viertheils seines Vermögens einsetzte, den genannten Sohn aber aus bewegenden Gründen bona mente enterbte, demselben aber gestattete, den seinen Kindern anfallenden Erbtheil unter vormundschaftlicher Aufsicht zu verwalten, mit der Befugniß, die Zinsen zum Besten seiner Kinder verwenden zu können, ohne Rechnung stellen zu müssen.

Das Stadtgericht ernannte nun am 9. Mai 1845 Vormünder für die Verwaltung dieses Vermögentheils. Auf Appellation des Joseph Friedrich Maximilian Mylius bestätigte das Appellationsgericht am 28. Mai 1845 das stadtgerichtliche Erkenntniß, während das Oberappellationsgericht am 11. Januar 1847 dahin erkannte, daß bei der Verwaltung des den Kindern des Appellanten zugefallenen großväterlichen Erbtheils, ohne alle Bestellung besonderer Vormünder, lediglich nach Vorschrift des großväterlichen Testaments vom 14. März 1844 zu verfahren, gedachten Kindern aber zum Zweck der Ausscheidung des dem Appellanten zuständigen Nachlasses seiner Mutter aus dem Vermögen des Testators ein curator ad hoc von Stadtgerichts wegen zu bestellen sei.

86. Testamentarische Vormundschaft. Verwaltung ohne Rechnungsstellung in Betreff der Einnahme unter obervormundschaftlicher Aufsicht.

Die Hauptbeschwerde des Appellanten, daß zur Verwaltung des seinen Kindern von Seiten ihres Großvaters testamentarisch zugewandten Vermögens durch das in der sententia a qua lediglich, obschon aus anderen Gründen bestätigte stadtgerichtliche

Decret vom 9. Mai 1845 eine besondere Curatel-Verwaltung unter gänzlicher Hintansetzung der dem Appellanten im § 3 des gedachten Testaments ausdrücklich eingeräumten Rechte, angeordnet worden sei, mußte als wohlbegründet anerkannt werden.

In dieser Hinsicht bedarf es eines näheren Eingehens auf die Frage nicht, ob nach Sinn und Absicht des vorerwähnten § 3 dieses Vermögen als ein peculium ordinarium oder extraordinarium zu betrachten sei und ob hiernach dem Appellanten dessen Administration kraft seiner väterlichen Gewalt, wenn schon unter gewissen Modificationen, zustehen und verbleiben sollte, oder ihm dadurch nur unter bestimmten Begünstigungen die Curatel-Verwaltung desselben übertragen worden sei. Vielmehr wird es, um den gegen Bestellung besonderer Curatoren erhobenen Widerspruch als rechtsbegründet zu erkennen, vollkommen genügen, wenn man bei dem Wortlaute des Testaments stehen bleibt.

Offenbar nämlich hat der Testator theils zu näherer Bestimmung der im § 1 des Testaments verfügten Erbeseinsetzung seiner Enkel, theils um die gleichzeitig im § 2 aus bewegenden Ursachen, doch bona mente, erfolgte gänzliche Enterbung minder nachtheilig für denselben zu machen, die im § 3 getroffenen Bestimmungen über die künftige Verwaltung des seinen Enkeln zugewandten Erbtheils beliebt, und hat damit deren Vater gewisse Vortheile und Befugnisse gesichert wissen wollen.

Hierauf aber muß demselben an sich ein jus quaesitum ebenso zugestanden werden, wie überhaupt Jedem, welchem durch rechtsgültige testamentarische Verfügung etwas zugewandt wird. Denn die Zulässigkeit und Rechtsbeständigkeit derartiger Bestimmungen über künftige Verwaltung und Verwendung des Nachlasses unterliegt keinem Zweifel, und zugleich war ein Anspruch auf jene Erbeseinsetzung Seitens der Enkel so wenig begründet, als Seitens des Testirers eine Nothwendigkeit und Rechtspflicht, zu ihren Gunsten von seiner Enterbungsbefugniß gegen deren Vater Gebrauch zu machen. Was er ihnen zugewendet hat, erhalten sie auf Kosten ihres Vaters und würden, da dieser der nächste gesetzliche Erbe des Testators für das ihnen zugewendete Viertel des

Vermögens war, ohne dessen Enterbung gar nichts aus dem großväterlichen Nachlasse erhalten haben. Um so weniger kann es als Rechtsbeeinträchtigung derselben gelten, wenn der Testator deren Vater die Verwaltung des ihnen zugewendeten Vermögens belassen hat, zumal diese Verwaltung keineswegs eine völlig freie sein soll, wie der Testator wohl hätte verordnen können, sondern obervormundschaftlicher Aufsicht unterworfen ist.

Nun ist es zwar nicht zu verkennen, daß in Folge dieser vom Testator beliebten Bestimmung für die Kinder eine geringere Sicherheit als bei einer Verwaltung durch andere Curatoren dahin gegeben ist, daß ihr Vermögen gehörig administrirt und ihnen conservirt werde, zumal der Vater zu Anlegung desselben in Immobilien nach dem Testamente zwar berechtigt, aber nicht verpflichtet ist. Ebensowenig unterliegt es vollends hier, wo ausdrücklich die Verwaltung des Appellanten obervormundschaftlicher Aufsicht unterworfen worden ist, einem Bedenken, daß geeigneten Falles und aus hinreichenden Gründen von Gerichtswegen eingeschritten werden kann, um etwaigem Mißbrauche des dem Vater zugestandenen freien Verwaltungsrechts zu begegnen oder hinterher abzuhelfen, und so den Kindern das ihnen eigenthümlich zugewandte Vermögen zu erhalten. Allein die bloße Möglichkeit solchen Mißbrauchs oder etwaiger Vermögens-Verluste kann hier, wo dem Appellanten auf die Verwaltung ein wahres jus quaesitum zusteht, keinenfalls zu derartigen Maßregeln der obervormundschaftlichen Behörde ausreichen, wie etwa da, wo es sich um die Auswahl oder Bestellung eines gewöhnlichen Vormunds handelt. Vielmehr wird in Fällen der vorliegenden Art ein solches vorsorgliches Einschreiten der Gerichte nur aus den triftigsten Gründen und insbesondere dann sich rechtfertigen lassen, wenn entweder durch bestimmte Thatsachen schon constatirt ist, daß die vom Testator angeordnete Verwaltung zu unvermeidlichem und bleibendem Nachtheile der von ihm eingesetzten Erben gereichen werde, oder wenn seit Errichtung des Testaments die Verhältnisse sich im Vergleiche zu jener Zeit wesentlich geändert haben oder sonst Umstände eingetreten, resp. bekannt geworden sind, unter welchen der Testator, hätte er Kunde davon gehabt, sicherlich oder doch aller Wahrschein-

lichkeit nach die von ihm beliebte Disposition nicht getroffen haben würde.

Vergl. L. 4 i. f. D. de test. tut. (26, 2)
L. 10 D. de confirm. tut. (26, 3)
L. 3 § 3 D. de administr. et per. tut. (26, 7)

Selbst aber bei solcher Sachlage wird nicht ohne Weiteres eine gänzliche Hintansetzung der betreffenden Disposition eintreten können, sondern es wird, namentlich in allem dem, was darin mit klaren Worten positiv angeordnet oder ausdrücklich verboten ist, dieselbe so lange und so weit als irgend thunlich aufrecht erhalten werden müssen.

Prüft man nun von diesem Gesichtspuncte aus die Gründe, durch welche die Beiseitsetzung der ausdrücklichen Disposition des Testators, eine besondere Curatel für seine Enkel wegen des ihnen zugefallenen Vermögens solle nicht angeordnet werden, in den bisherigen Erkenntnissen motivirt ward, so kann es

1. keinem Zweifel unterliegen und wird auch von dem Appellationsgericht anerkannt, daß der im Jahr 1835 über das Vermögen des Appellanten ausgebrochene Concurs die vom Stadtgerichte angeordnete Bestellung von Vormündern nicht einmal in dem Betrachte zu rechtfertigen vermag, daß Appellant eigenem Geständnisse zufolge, die damals gegen ihn liquidirten Forderungen noch nicht sämmtlich getilgt hat. Denn, ganz abgesehen von dem vortheilhaften Zeugnisse, welches die provisorisch bestellten Vormünder in ihrer Erklärung dem Appellanten ertheilt haben, und wonach er auf die Tilgung seiner Schulden ebenso eifrig bedacht ist, als gewissenhaft für das Beste seiner Kinder, insbesondere für deren Erziehung und Bildung sorgt, so ergeben auch die diesseits eingeforderten Concursacten, daß der damalige Vermögens-Verfall des Appellanten nicht durch Leichtsinn und Verschwendung, sondern zumeist durch Krankheiten und schlechten Fortgang seines Gewerbes herbeigeführt war, und daß demselben die Anfangs gegen ihn, obschon nur wegen zu später Insolvenz-Erklärung, erkannte Strafe ganz erlassen worden ist. Für eine unordentliche oder verschwenderische Lebensweise und Wirthschaft

des Appellanten, für ein „verthunisch Wesen" desselben, wie sich die Reformation

Th. VII. tit. 2 § 11

ausdrückt, kann daher jener Concurs nicht entfernt zum Beweise dienen; noch wird er zu der Annahme oder auch nur Besorgniß berechtigen, daß Appellant einer „untrewen oder zu viel nachlässigen Verwaltung" des Vermögens seiner Kinder sich schuldig machen werde.

Ibid. VII. tit. 7 § 5.

Nun wird aber selbst einem gewöhnlichen Vormunde, der doch mehr die Pflicht, als ein wirkliches Recht zur Verwaltung hat, nur in letzterem Falle dieselbe entzogen, und ebenso soll der Vater bloß, wenn jener Vorwurf „verthunischen Wesens" ihn trifft, seines gesetzlichen Rechts zur Administration des Vermögens seiner Kinder entsetzt werden. Um so weniger wird daher dem Appellanten, dessen Recht auf solche Verwaltung noch besonders durch ausdrückliche Disposition des Zuwendens anerkannt und gleichsam garantirt ist, die Administration um deßhalb entzogen werden dürfen, weil er vor längeren Jahren und noch dazu mehr durch Unglück, als eigenes Verschulden in Concurs gerathen ist. Entscheidend aber ist im vorliegenden Falle jedenfalls dies, daß dem Vater des Appellanten alle diese Verhältnisse vollkommen bekannt waren und daß derselbe in seinem, nur wenige Wochen vor seinem Tode errichteten letzten Willen dessenungeachtet, und sogar auch noch unter besonderen Vergünstigungen und Befreiungen, seinem Sohne die Administration des den Kindern statt seiner zugewandten Erbtheils übertragen, ausdrücklich auch jede besondere Curatel ausgeschlossen hat. Offenbar wäre es unter solchen Umständen der Absicht und Ansicht des Testators ebenso entgegen, als dem klaren Inhalte seines letzten Willens, also auch mit den wohlbegründeten Rechten des Appellanten unvereinbar, wenn derselbe um jenes Concurses willen als zur Vertretung seiner Kinder unfähig erklärt worden ist. Gleich unzutreffend erscheint

2. der Grund, welchen das Appellationsgericht zur Rechtfertigung der vom Stadtgerichte beliebten Verfügung daher hat entnehmen wollen, daß nach Inhalt des § 3 das den

appellantischen Kindern zugewendete Vermögen „unter obervormundschaftlicher Aufsicht" verwaltet werden solle.

Einer solchen Beaufsichtigung wird sich zwar der Appellant keineswegs entziehen können, und wird es sich eintretenden Falles müssen gefallen lassen, wenn das Gericht sich im Laufe der Verwaltung zu controllirenden Maßregeln bewogen findet, so nur diese aus hinreichenden Gründen und in geeignetem Maße beliebt werden, und weder die dem Appellanten ausdrücklich ertheilten Befugnisse und Befreiungen, namentlich in Bezug auf Zinsen-Verwendung und Rechnungslegung beeinträchtigen, noch über bloße Beaufsichtigung hinausgehen. Allein jedenfalls kann dieses Recht und diese Pflicht der Oberaufsicht die Gerichte nicht dazu berechtigen, die großväterliche Disposition völlig bei Seite zu setzen und das gerade Gegentheil zu verordnen. Dies aber wäre hier offensichtlich der Fall, indem Appellant die Verwaltung, welche er nach dem Testamente haben soll, verlieren und eine besondere Curatel, die der Testator nicht wollte, eintreten würde, ganz abgesehen davon, daß demselben in dem angefochtenen Bescheide nicht einmal das Recht, die Vermögens-Einkünfte nach seinem Ermessen und ohne Rechnungslegung zum Besten der Kinder zu verwenden, ausdrücklich vorbehalten und garantirt ist.

Selbst auch wenn es wahr wäre, daß diese obervormundschaftliche Aufsicht am zweckmäßigsten durch eine besondere Curatel bewirkt werde, müßte letztere im vorliegenden Falle um des testamentarischen Verbots willen dennoch cessiren, und angenommen sogar, daß jene Aufsicht von Gerichtswegen gar nicht anders ausführbar wäre, als durch ein zu unmittelbarer Theilnahme an der Verwaltung bestimmtes Organ desselben, so wäre gleichwohl die Administration immer noch dem Vater ex testamento zu belassen und könnte höchstens die Beiordnung eines Neben-Vormundes gerechtfertigt erscheinen. Es zeigt aber schon die tägliche Erfahrung, wie wenig es zutreffe, daß die obervormundschaftliche Aufsicht überhaupt oder doch zweckmäßig nur auf solchem Wege zu üben sei. Daher wird denn auch in Bezug auf gegenwärtigen Fall einerseits die Bemerkung genügen, daß von Gerichtswegen eine fortlaufende Aufsicht über die Verwendung der Zinsen, wie nach Fassung der

Entscheidungsgründe die sententia a qua anzunehmen scheint, überall nicht angesprochen werden könnte, da der Testator nur in Bezug auf die Verwaltung jenen Vorbehalt gemacht, von Rechnungslegung dagegen über die Verwendung der Zinsen ausdrücklich seinen Sohn befreiet hat. Andererseits ist es nicht zu verkennen, daß es dem Gerichte leicht sein wird, die Verwaltung im Ganzen unmittelbar gehörig zu controlliren. Denn mit der Natur der obervormundschaftlichen Aufsichtsgewalt stände es in völligem Einklange und würde ebenso mit Sinn mit Wortlaut der großväterlichen Disposition ganz vereinbar sein, wenn z. B. Appellant theils zur Vorlegung des Theilungs-Recesses, theils zu berichtlicher Anzeige über die Art und Weise angewiesen würde, wie das Vermögen seiner Kinder in Grundstücken oder Capitalien u. s. w. angelegt worden sei, oder wenn demselben, wie bei Veräußerung der ersteren nach

Ref. VII. tit. 2 § 9

unerläßlich ist, auch bei Einziehung und Umschreibung letzterer die Einholung vorgängiger obervormundschaftlicher Consense nach Maßgabe der bei eigentlichen Vormundschaften geltenden Grundsätze zur Pflicht gemacht würde, als wogegen Appellant, weil er eben nur unter der obervormundschaftlichen Aufsicht die ihm als Vater übertragene Verwaltung führen soll, auf die Verordnung vom 3. December 1776

Beyerbach Samml. Th. 2 p. 243

sich nicht würde berufen können.

87. Function der Theilungsbeistände. Curator ad hoc zur Wahrung des Interesses der minderjährigen Miterben.

Zu Gunsten der vom Stadtgericht beliebten Vormundschafts-Bestellung hat das Appellationsgericht noch dies geltend gemacht, daß einerseits Appellant, weil er aus dem väterlichen Nachlasse das noch darin befindliche und ihm selbst angefallene Vermögen seiner Mutter ausgeschieden wissen wolle, bei der Erbschafts-Regulirung ein Interesse habe, welches mit dem seiner Kinder collidire, von ihm daher letzteres nicht vertreten werden könne, daß andererseits aber auch dem durch das Decret

vom 22. Juni 1844 bereits ernannten und verpflichteten Theilungsbeistande die Vertretung des Interesses der implorantischen Kinder nicht überlassen werden dürfe.

Beides ist vollkommen richtig; namentlich muß, wie dies in

Fr. S. Freiherrn Carl Ludw. v. Leonhardi c. die seinen minderjährigen Kindern bestellten Vormünder 1830

näher ausgeführt worden ist, die Function der jetzt noch üblichen Theilungs-Beistände im Vergleiche zu den in der

Ref. VII. tit. 2 § 20 u. tit. 7 § 7

erwähnten Theilungs-Vormündern dahin aufgefaßt werden, daß sie bei Regulirung des Nachlasses und Feststellung des Theilungs-Recesses nicht etwa bloß die minorennen Erbinteressenten vertreten, sondern in der Qualität eines unpartheiischen sachverständigen Schiedsmannes die Rechte aller Betheiligten wahrzunehmen berufen sind, wogegen die besonderen Interessen der Einzelnen von diesen selbst, falls sie dispositionsfähig sind, sonst von deren gesetzlichen Vertretern oder von speciell zu diesem Behufe ernannten Curatoren wahrgenommen werden müssen.

Aus beiden Argumenten folgt aber auch nichts weiter, als einmal, daß dem Wunsche des Appellanten, es möchte bei der Ausscheidung des väterlichen und mütterlichen Nachlasses die Vertretung seiner Kinder dem Theilungs-Beistande überlassen bleiben, triftige Gründe entgegenstehen, und ferner, daß diese Vertretung dem Vater selbst, eben wegen seines collidirenden eigenen Interesses so wenig anvertraut werden kann, als dies möglich wäre, wenn etwa der ordentliche Vormund bei Regulirung eines seinem Mündel angefallenen Nachlasses persönlich mitbetheiligt ist. Die Nothwendigkeit also, für die Kinder des Appellanten zum Behufe dieses einzelnen Geschäfts der Erbschafts-Theilung eine besondere Curatel eintreten zu lassen, welche, sobald der Nachlaß regulirt ist, eo ipso cessirt, und nicht einmal zur Concurrenz bei Anlegung des Kinderguts berechtigt, ist damit allerdings gegeben, keineswegs aber kann die Bestellung allgemeiner Vormünder, wie sie das Stadtgericht unter gänzlicher und bleibender Beiseitsetzung der väterlichen Rechte angeordnet hat, auch nur entfernt darauf gegründet werden.

88. Grundsätze über Kostenerstattung.

Dem Appellanten bleiben, da er seine persönlichen Interessen und Rechte bei diesem Rechtsstreite verfolgt und die früheren Erkenntnisse gegen sich hat, auch die deßfallsigen Unkosten zur Last.

XXXIX.

Anna Maria Unkelbach von Geisselbach, Klägerin

contra

Phil. Christ. Maurer dahier, Beklagten.

Nachdem das Stadtgericht am 23. Mai 1845 nach geführten Beweisverhandlungen den Beklagten zu dem Schiedseide über die Negative des Beweisthema's zugelassen hatte, trat die Klägerin bei Gelegenheit der Ausführung der Appellation mit der Bitte um Abhör einer neu aufgefundenen Zeugin auf, und das Appellationsgericht bestätigte zwar am 30. Juni 1845 das erstinstanzliche Urtheil, verwies aber Appellantin mit ihrem Restitutionsgesuch hinsichtlich eines angeblich neu aufgefundenen Zeugen an die erste Instanz. Auf daselbst eingebrachtes Restitutionsgesuch schlug das Stadtgericht am 25. August 1845 dasselbe ab, während auf Appellation der Klägerin das Appellationsgericht am 12. November 1845 die Restitution für den Fall gewährte, wenn Appellantin und ihr Anwalt den Restitutionseid ableiste. Auf Oberappellation des Beklagten wurde unter Kostencompensation dies Urtheil vom Oberappellationsgerichte am 16. Januar 1847 bestätigt.

89. Zulassung neu aufgefundener Zeugen. Restitution wegen derselben.

Das Gesuch, mit welchem die Klägerin durch Decret des Appellationsgerichts vom 30. Juni 1845 an das Stadtgericht gewiesen und bei diesem am 5. August 1845 eingekommen ist, kann nur als ein Restitutionsgesuch aufgefaßt werden. Zwar

bedurfte es eines solchen nicht, um die Zulassung der neuen Zeugin bei dem Appellationsgerichte zu erwirken, indem zu dem Ende ein Berufen auf das dem Appellanten zustehende Recht der neuen Ausführung genügt haben würde. Von diesem Rechte hat indessen die Klägerin keinen Gebrauch gemacht, sie hat zwar nicht schon bei dem Appellationsgerichte, sondern erst bei dem Stadtgerichte ihr Gesuch selbst ein Restitutionsgesuch genannt, aber die rechtliche Natur desselben genügend schon bei dem Appellationsgerichte durch die Erklärung bezeichnet, daß sie die Sache zur Einlegung des Rechtsmittels der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand genugsam qualificirt erachte und dies eidlich zu erhärten bereit sei. Jedenfalls hat das Appellationsgericht in seinem zeitig nicht angefochtenen Decrete vom 30. Juni 1845 das klägerische Gesuch als ein Restitutionsgesuch betrachtet und als solches an das Stadtgericht gewiesen. Dasselbe ist daher nicht, wie die Klägerin in dieser Instanz verlangt, als ein das Recht neuer Ausführung geltend machendes Gesuch, sondern in seiner Eigenschaft als Restitutionsgesuch zu prüfen. In solchem Betrachte ist aber nicht zu bezweifeln, daß zur Zeit seiner Anbringung bei dem Appellationsgerichte die Bestimmungen des § 15 der Verordnung vom 22. Juli 1788 auf dasselbe keine Anwendung finden konnten. Dieselben setzen ein gegen ein rechtskräftiges Erkenntniß gerichtetes Restitutionsgesuch voraus und das Erkenntniß vom 23. Mai 1845 war zu jener Zeit noch nicht rechtskräftig. Der Einführung der neuen Zeugin stand, abgesehen von dem Gesichtspuncte des Rechts der neuen Ausführung in der Appellations-Instanz, nur der Ablauf der Beweisfrist entgegen, und eine hiergegen zu ertheilende Restitution konnte auch bei dem Appellationsrichter in Folge der Devolutivkraft der Appellation erbeten werden. Seiner Gewährung stand aber, wie dies gleich näher gezeigt werden wird, das Verbot der clem. 2 de test. (8, 2) nicht entgegen, und wenn das Appellationsgericht das bei ihm angebrachte Restitutionsgesuch an das Stadtgericht verwies, so darf angenommen werden, daß jenes Gericht das gedachte Gesuch in der Lage an das Stadtgericht zur Entscheidung bringen wollte, in welcher dasselbe vor der Verweisung bei ihm zur

Entscheidung stand und gewährt werden mußte. Freilich war zu der Zeit der Anbringung des Restitutionsgesuchs bei dem Gericht, an welches dasselbe verwiesen war, das Erkenntniß vom 23. Mai 1845 rechtskräftig geworden, auch wird von der Klägerin bei dem Stadtgerichte ausdrücklich die Nothwendigkeit einer Restitution gegen das nunmehr für sie rechtskräftig gewordene Erkenntniß vom 23. Mai 1845 anerkannt, allein einestheils folgt aus dieser Nothwendigkeit nicht, daß nunmehr die Bestimmungen des § 15 der Verordnung vom 22. Juli 1788 auf das Restitutionsgesuch, wie dasselbe an das Stadtgericht verwiesen worden, anzuwenden seien, anderentheils muß dasselbe auch nach diesen Bestimmungen für statthaft und begründet angesehen werden.

Denn was zunächst die in der angezogenen Verordnung vorgeschriebenen Förmlichkeiten betrifft, so sind dieselben zwar anfänglich so wenig bei dem Appellationsgerichte, als bei dem Stadtgerichte vollständig gewahrt, und die aller und jeder thatsächlichen Begründung entbehrende Behauptung der Klägerin, daß die diese Förmlichkeiten betreffenden gesetzlichen Bestimmungen außer Gebrauch gekommen, ist um so weniger zu berücksichtigen, als der § 15 der Verordnung vom 22. Juli 1788 seinem ganzen Inhalte nach in dem § 186 der Oberappellationsgerichts-Ordnung von Neuem bestätigt worden. Allein jene Förmlichkeiten sind vollständig vor rechtskräftig entschiedener Sache und zwar durch Berufung auf die im vorliegenden Falle unpassend bei dem Stadtgerichte nach Ertheilung des Bescheids vom 25. August 1845 eingebrachte Verbesserung des Gesuchs bei dem Appellationsgerichte nachgeholt, und es hat auch der Beklagte vor diesem erklärt, daß es auf die Beobachtung der Förmlichkeiten gar nicht mehr, sondern nur auf die Anwendung der Vorschrift der Verordnung vom 22. Juli 1788 ankomme, welche auch neu aufgefundene Zeugen über einen Gegenstand, worüber bereits Zeugenbeweis geführt worden, abzuhören verbietet.

Es ist allerdings nicht zu verkennen, daß die erwähnte Verordnung die Zulassung neu aufgefundener Zeugen nach bereits geführtem Zeugenbeweise in engere, als die gemeinrechtlichen Grenzen bringen, insonderheit dem mit der Vorschrift der clem. 2 de test.

getriebenen Mißbrauche begegnen wollte, welcher die Abhörung von Zeugen über Gegenstände, über welche bereits Zeugen vernommen worden, schon zuließ, sobald die neuen Artikel von den früheren auch nur in der Form oder außerwesentlichen Nebenumständen abwichen. Nur der Gegenstand der früheren Zeugenvernehmung, nicht die begleitenden Umstände, nicht die Einkleidung sollte künftig in's Auge gefaßt werden, und demnach über eine Thatsache, über welche Zeugen bereits vernommen worden, „über ein in dem beendeten Processe bereits vorgekommenes Factum" kein früher nicht benannter Zeuge weiter befragt werden. Eine Auslegung, welche die Bezeichnung „Gegenstand" als identisch mit „Beweissatz" nimmt, würde die Möglichkeit der Einführung neu aufgefundener Zeugen nach bereits geführtem Zeugenbeweise beinahe völlig aufheben, und dem die Regel entgegenstehen, daß bei correctorischen Gesetzen ein gebrauchter Ausdruck nur in seiner engen Bedeutung zu nehmen ist.

Ueber die Thatsachen, über welche die neue Zeugin abgehört werden soll, sind aber die früheren Zeugen nicht vernommen. — — — — Die Erheblichkeit der neuen Gegenstände, über welche die Zeugin abgehört werden soll, bedarf keiner Ausführung, und der Mangel der Darlegung, daß die Klägerin an der verspäteten Auffindung der Zeugen schuldlos sei, kann als ein Hinderniß der Gewährung des Restitutionsgesuches nicht geltend gemacht werden. Die Verordnung vom 22. Juli 1788 will zwar die Formel des reichskammergerichtlichen Restitutionseides, daß der Schwörende von dem neuen Einbringen vorher keine Wissenschaft gehabt oder selbiges zu der Sache dienlich zu sein nicht vermeint, in ihrem zweiten, ein offenbares Verschulden gut heißenden Theile nicht billigen, aber indem sie den Eid lediglich darauf, daß die Parthei von dem jetzigen Beweisthema vorher keine Wissenschaft gehabt und auf eine Arbeitanwendung nur hinsichtlich der Herbeischaffung bekannter Beweisthümer richtet, erklärt sie unzweideutig, daß die Darlegung der Abwesenheit jedes Verschuldens in Nichterforschung der Beweisthümer von ihr nicht verlangt werde. Auch kann hiergegen die Entscheidung des Oberappellationsgerichts in Fr. S. Schäfer c. Höfflmayer 1844 [illegible]

nicht angezogen werden, weil es sich in dieser Sache um ein Restitutionsgesuch gegen die Versäumung der Beweisfrist handelt, auf welches die bei Restitutionen gegen rechtskräftige Erkenntnisse gegebenen Vorschriften in den §§ 15 u. 16 der Verordnung vom 22. Juli 1788 keine Anwendung finden. Allerdings würde die Klägerin nicht ohne Weiteres zur eidlichen Erhärtung, daß sie von dem neuen Beweisthum vorher keine Wissenschaft gehabt habe, gelassen werden können, wenn der Beklagte eine große Unwahrscheinlichkeit ihrer deßfallsigen Behauptung begründet und bescheinigt hätte. Da dies aber nach dem in dieser Hinsicht von dem Beklagten Angeführten nicht anzunehmen ist, illiquide Einreden gegen Zeugen auch deren Abhörung nicht aufhalten können, so steht von keiner Seite der Gewährung des klägerischen Restitutionsgesuchs ein Hinderniß entgegen, bei welcher übrigens, wie sich von selbst versteht, die von dem Beklagten gegen die Zeugin vorgebrachten Einreden vorbehalten bleiben.

XL.

Johann Georg Seufferheld dahier, Kläger
contra
Marx Ochs dahier, Beklagten.

Der Kläger stützt seine Forderungsklage einmal darauf, daß der Beklagte den Charles Robert bei ihm eingeführt und als zahlungsfähig empfohlen habe, und dann darauf, daß der Beklagte sich sowohl mündlich für den Charles Robert verbürgt, als auch später noch schriftlich unter dem 14. Juni 1843 für dessen Einkäufe, insofern sie bis dahin die Summe von fl. — nicht überschritten, ausdrücklich gut gesagt habe. Der Beklagte räumt ein, sich für die am 13. Juni 1843 durch Charles Robert bei der Klägerin gemachten Einkäufe bis zum Belaufe von fl. — verbürgt zu haben und erklärt sich demzufolge bereit, den einen eingeklagten

Posten im Facturabetrag von fl. — an die Kläger gegen Abtretung ihrer Rechte wider den Hauptschuldner zu berichtigen. Dagegen den weiter eingeklagten Posten vom 9. Mai 1843 anbelangend, bestreitet Beklagter, daß er sich für diesen Betrag verbürgt, oder den Charles Robert bei Kläger eingeführt und als zahlungsfähig empfohlen habe, abgesehen davon, daß aus diesem letzteren Klagfundament ein rechtlicher Anspruch nicht erhoben werden könne.

Das Stadtgericht erkannte am 11. September 1844, daß Beklagter schuldig sei, den Facturabetrag vom 13. Juni 1843 — zu bezahlen, im Uebrigen aber Kläger unter Verurtheilung in die Proceßkosten mit seiner Klage ab- und zur Ruhe zu verweisen sei.

Auf Appellation des Klägers und dessen Antrag auf Actenversendung erkannte das Spruchcollegium zu Leipzig am 18. December 1845, daß, falls Kläger beweise,

1. daß der Hauptschuldner Charles Robert die in der factura vom 9. Mai 1843 verzeichnete Waare vom Kläger erkauft und empfangen habe und um den Betrag derselben zu fl. — Schuldner des Klägers geworden sei; und

zugleich 2. daß

a. entweder Beklagter den genannten Charles Robert dem Kläger als zahlungsfähig zu geschäftlichem Verkehre mit Seide empfohlen habe, und der letztere ohne diese Empfehlung das vorher genannte Kaufgeschäft mit Charles Robert nicht in der Weise eingegangen hätte, um demselben die in der factura vom 9. Mai 1843 verzeichnete Waare auf Credit zu überlassen; oder, daß

b. in Frankfurt ein Handelsgebrauch bestehe, wonach unter Kaufleuten Empfehlungen einer bestimmten Person zu Geschäften überhaupt oder zu Geschäften einer bestimmten Art den Empfehlenden zu Schadloshaltung verpflichten, oder endlich

c. das mündliche Anerbieten des Beklagten, für die Einkäufe des Charles Robert, soweit dieselben die Summe von fl. — nicht übersteigen würden, gut zu stehen, sich auch auf die vor dem 13. Juni 1843 gemachten Einkäufe bezogen habe;

so wird in der Hauptsache (in Betreff der Factura vom 9. Mai 1843) und der Zinsen und Kosten wegen, mit Ausnahme der

Versendungskosten, welche Kläger allein zu tragen hat, weiter ergehen, was Rechtens.

Auf Oberappellation des Beklagten und Adhäsion des Klägers stellte jedoch unter Compensation der Kosten aller drei Instanzen, mit Ausnahme der Versendungskosten, das Oberappellationsgericht am 26. Januar 1847 das stadtgerichtliche Erkenntniß wieder her.

90. Kaufmännische Empfehlung. Haftung.

Der erste Beweis (oben sub a.) kann dem Kläger deßhalb nicht nachgelassen werden, weil das zum Beweise verstellte factum rechtlich unerheblich, nämlich zur Begründung einer Verhaftung des Beklagten aus jener Empfehlung nicht geeignet ist.

Die im vorigen Erkenntnisse angenommene entgegengesetzte Ansicht beruht auf der Argumentation, daß ein mandatum mandatarii tantum gratia nach

L. 6 § 5 D. mand. (17, 1)
L. 6 J. de mand. (3, 26)

in dem Falle, wenn der Mandatar ohne dasselbe das Geschäft nicht vorgenommen haben würde, ausnahmsweise für den Mandanten obligatorisch, nun aber diese Art des Mandats nach

§ 6 J. cit.
L. 2 § 6 D. mand. (17, 1)

einem bloßen Rathe gleich sei und die Empfehlung einer bestimmten Person als zahlungsfähig zur Eingehung von bestimmten Geschäften sich wie ein Rath verhalte, mit derselben solche Geschäfte einzugehen, daß also eine derartige Empfehlung in dem gedachten Falle auch den Empfehlenden zur Schadloshaltung verpflichte. Allein

1. liegt hier gar kein Fall vor, welcher mit einem mandatum mandatarii tantum gratia verglichen werden und wo daher von einer Anwendung der bei dieser Art des Mandats geltenden Grundsätze die Rede sein könnte. Denn die Empfehlung des Robert ist, wie sich klar aus dem ganzen Sachverhältnisse ergibt, nicht im Interesse des Klägers, sondern des Robert selbst, um dem-

selben Credit zu verschaffen, geschehen; sollte also dieser Fall mit einer gewissen Art des Mandats verglichen werden, so würde dies das mandatum **aliena tantum gratia** sein, welches immer obligatorisch ist

pr. § 3 J. de mandat. (3, 26)
L. 2 pr. § 2 D. mandat. (17, 1)

und wobei nirgends etwas vorkommt, was als eine Gleichstellung desselben mit einem bloßen Rathe gedeutet werden könnte. Vielmehr ist in der

L. 2 D. de proxeneticis (50, 1)

ausdrücklich gesagt, daß eine derartige Empfehlung einem Mandate nicht gleich und — obgleich unter den dort angeführten Umständen anzunehmen ist, daß der Darleiher ohne dieselbe das Geschäft nicht vorgenommen haben würde — dennoch in Gemäßheit der allgemeinen Regel nicht obligatorisch sei.

cf. L. ult. C. quod cum eo qui in al. pot. (4, 26)

2. Könnte man aber auch die Grundsätze von dem mandatum mandatarii tantum gratia hier anwenden, so sind die Worte der

L. 6 § 5 D. mand. (17, 1)

„si non esses facturus nisi ego mandassem" nach der richtigeren Auslegung nur von dem Falle zu verstehen, wenn derjenige, welcher das Geschäft vornehmen soll, von dem Anderen eine Garantie dafür verlangt, daß ihm dasselbe nicht zum Schaden gereichen werde, und nun der Andere ihm zu diesem speciellen Zweck einer Garantie die Vornahme des Geschäfts in der Form eines Mandats aufträgt: dann soll das Mandat dieser Absicht der Partheien gemäß als Garantie aufrecht erhalten und dem Mandatar gegen den Mandanten eine actio mandati contraria auf Schadloshaltung gegeben werden, obgleich eine Verpflichtung des Mandatars zur Vornahme des Geschäfts und also eine actio mandati directa nicht besteht. Diese Auslegung erscheint als den Worten gemäß und an sich natürlich, sobald man sich nur vergegenwärtigt, daß nach Römischem Rechte eine solche Garantie, wenn sie nicht in der Form einer Stipulation geleistet werden sollte, nicht durch ein einfaches Pactum geschehen konnte, sondern

dafür neben der fidejussio per stipulationem gerade ein Mandat die gewöhnliche Form war,

rubr. tit. D. et C. de fidejussor. et mandat.

Nov. 4 cap. 1

L. 32 D. mand. (17, 1)

und sie bestätigt sich, wenn man mit der L. 6 § 5 cit. andere **Stellen verbindet,** vorzüglich die

L. 32 cit.

außerdem aber auch

L. 1 § 14 D. depositi (16, 3)

L. 12 § 13 D. mandat.

Auch kommt in der oben angeführten L. 1 § 14 depos. gerade ein Fall vor, wo das Geschäft offenbar ohne die Aufforderung des **Anderen** nicht vorgenommen sein würde; gleichwohl aber wird hier unterschieden, ob diese Aufforderung in einem bloßen Rathe oder in einem förmlichen Mandate zum Zwecke einer Garantie bestanden habe, und nur in dem letzteren Falle der Andere für verhaftet erklärt, in dem ersteren hingegen nicht.

Vergl. Unterholzner die Lehre v. d. Schuldverhältn. Bd. 2 p. 590. 591.

Von einem solchen Vorgange nun aber, daß von Seiten des **Beklagten eine Garantie** beabsichtigt und diese in der Form eines **Mandats geleistet** wäre, ist hier gar nicht die Rede, vielmehr ergibt **sich das Gegentheil** von jener Absicht deutlich daraus, daß der **Beklagte** speciell eine auf die Summe von fl. 2000 beschränkte **Bürgschaft geleistet** hat.

91. Kaufmännische Empfehlung. Handelsgewohnheit.

Die zweite Beweisauflage (oben sub b) war aus dem **Grunde aufzuheben,** weil der Kläger die Existenz eines solchen **Frankfurter** Handelsgebrauches gar nicht behauptet, dem bestimmten Zeugnisse des Stadtgerichts, daß derselbe nicht bestehe, nicht **widersprochen und deutlich zu erkennen gegeben hat, daß er jenen Beweis nicht führen könne und wolle. — — — — Die Unrichtigkeit der früheren Behauptung übrigens, als sei unter Kaufleuten eine solche Verpflichtung zur Schadloshaltung ein Grundsatz des**

gemeinen deutschen Handelsrechts, ist schon von den vorigen Urtheilsverfassern nachgewiesen *).

92. Adhäsion.

Wenn Kläger in seiner adhäsivischen Beschwerde noch zu dem vierten alternativen Beweise zugelassen werden will, daß der Beklagte bei der gedachten Empfehlung und Creditirung der rohen Seide an Robert ein eigenes Interesse gehabt habe, — so ist dieser Antrag im Wege der Adhäsion nach § 135 der Oberappellationsgerichts-Ordnung formell unzulässig, da die deßfallsige Beschwerde des Klägers nicht gegen einen Theil des vorigen Erkenntnisses gerichtet ist, über welchen sich der Beklagte seinerseits appellando beschwert hat. Denn das decisum jenes Erkenntnisses besteht darin, daß der Kläger zu den drei — — Beweisen, welche als für sich bestehende Alternativen neben einander gestellt sind, zugelassen worden ist, und der Beklagte hat sich über die Zulassung des Klägers zu diesen drei Beweisen beschwert; der Kläger konnte sich also nach § 135 nicht adhaerendo darüber beschweren, daß ihm nicht noch ein vierter, von jenen Beweisen ganz verschiedener

*) Das behauptete Handelsgewohnheitsrecht läßt sich als ein gemeines oder allgemeines deutsches, wenngleich früher vielfach von Praktikern behauptet wurde, daß unter Kaufleuten auch eine Empfehlung schlechthin verpflichte, schwerlich darthun.
E. F. Klein Merkwürdige Rechtssprüche Bd. 3 p. 226 ff.
Arch. für das Handelsrecht 1. Bd. (Hamburg 1818) p. 244
cf. H. Thöl das Handelsrecht (Gött. 1841) Bd. 1 § 101.
Manche neuere Rechtsgelehrten sprechen von diesem Gewohnheitsrecht nur, als von einem da und dort herrschenden, zu vergl.
Thibaut System (7. Ausg.) § 886 („nach der Gewohnheit vieler Orten")
Chr. Aug. Guenther Princ. jur. Rom. II. § 1001 not. h „de vi commendationis specialis inter mercatores passim recepta etc."
Bender Grundsätze des deutsch. Handelsrechts Bd. 1 p. 350. „Weil die Praxis aber diese Entscheidung noch nicht allgemein billigt, so ist dem Empfehlenden anzurathen, sich ausdrücklich von aller nachherigen Verpflichtung loszusprechen ic."

und ebenfalls alternativ für sich bestehender Beweis nachgelassen sei.

93. Kaufmännische Empfehlung. Eigenes Interesse des Empfehlenden.

Aber auch das factum, welches nach dem Antrage des Klägers zum Beweise verstellt werden soll (daß der Beklagte bei der fraglichen Creditirung an Robert ein eigenes Interesse gehabt habe), ist rechtlich unerheblich, indem dadurch eine Verhaftung des Beklagten nicht begründet werden kann. Der Kläger will nämlich die letztere hier aus dem ersten Satze der schon angeführten

L. 6 § 5 D. mandat. (17, 1)

herleiten: „plane si tibi mandavero, quod tua intererat, nulla erit mandati actio, nisi mea quoque interfuit,“ und sich dabei derselben Argumentation bedienen, welche die vorigen Urtheilsverfasser bei dem Beweise unter I. hinsichtlich des zweiten Satzes jener Stelle at si non esses facturus etc. angewandt haben. Allein bei dieser ersten Ausnahme „nisi mea quoque interfuit“ ist die gedachte Argumentation offenbar ganz unpassend. Denn in demselben ist von dem mandatum tua tantum gratia, welches in der L. 2 § 6 eod. tit. und im § 6 J. de mand. (3, 26) mit einem Rathe verglichen wird, gar nicht die Rede, sondern von dem mandatum mea et tua gratia, welches eine besondere, immer und regelmäßig obligatorische Art des Mandats ist

pr. et § 2 J. L. 2 pr. § 4 D. tit. cit.

und wobei eine derartige Vergleichung nirgends vorkommt; es kann also bei diesem ersten Satze die Frage überall nicht entstehen, ob derselbe wegen der Vergleichung des mandatum tua tantum gratia mit einem Rathe auch auf einen Rath und eine Empfehlung auszudehnen sei. Ueberdies geht aber auch aus klaren Gesetzen hervor, daß eine bloße Empfehlung deßhalb, weil der Empfehlende ein eigenes Interesse dabei hat, nicht obligatorisch ist, nämlich aus den schon oben allegirten

L. 2 D. de proxeneticis (50, 1)

und L. 8 D. de dolo malo (4, 3),

wonach eine Empfehlung, welche zum Zwecke eines eigenen Gewinnes geschieht, nur dann zum Schadensersatze verpflichtet, wenn

hierzu noch eine absichtliche Täuschung durch wissentlich falsche Angaben hinzukommt.

94. Grundsätze über Kostenersatz.

Es waren aber auch die Kosten erster Instanz in Gemäßheit des von dem Kläger hierauf in der vorigen Instanz gerichteten eventuellen, jetzt reviviscirenden Antrags zu compensiren, denn in Ansehung des Postens von fl. — liegt ein hinreichender Grund hierfür darin, daß es bei dem Puncte unter I. auf eine bestrittene Rechtsfrage ankommt und auch bei dem Puncte unter III. die Frage, ob nicht der Kläger zu dem Beweise des von ihm behaupteten Factums zuzulassen sei, formell und processualisch nicht ohne Zweifel ist; die den anderen Posten von fl. — betreffenden Verhandlungen aber sind zu unbedeutend, als daß dieselben bei dem Kostenpuncte in Betracht kommen könnten.

XLI.

Die Testaments-Executoren und Administratoren des Nachlasses der Maria Claudine Piautaz dahier, Imploranten u. Widerbeklagte

contra

Joseph Joachim Alexander Hagedorn aus Dessau, Imploraten u. Widerkläger.

Die am 12. November 1840 verstorbene Maria Claudine Piautaz hatte in ihrem, am 26. August 1832 errichteten Testamente den J. J. A. Hagedorn zum Erben ihres ganzen Vermögens eingesetzt, dagegen denselben mit einem Universalfideicommisse beschwert, indem der Erbe nur die Zinsen ihres Vermögens erhalten, das Capital selbst aber, während seines ganzen Lebens verwaltet, an seine ehelichen Leibeserben oder in deren Er-

mangelung an Verwandte der Erblasserin fallen sollte. Die Testatrix behielt sich die Errichtung formloser Codicille vor.

Es fand sich nun nach dem Tode der Erblasserin ein versiegeltes Convolut Scripturen vor, in welchem sich ein auf die Ordre der Erblasserin gestellter Wechsel eines Handlungshauses befand und die Erklärung der Erblasserin, daß sie die Valuta des Wechsels als einen Gegenstand betrachte, der ihrem eingesetzten Erben gebühre, — daß sie auch bereits, wiewohl vergebliche Schritte gethan habe, daß die Bezogenen den Betrag jenes Wechsels ihrem Erben gutschrieben, — daß sie aus conventionellen Rücksichten, die nach ihrer Ansicht mit ihrem Tode wegfielen, von strengeren Maßregeln zurückgehalten worden sei.

Es handelt sich jetzt darum, ob dieser Wechsel einen Theil des errichteten Fideicommisses ausmache, was die Administratoren behaupten, oder freies Eigenthum des eingesetzten Erben sein solle, was der letztere, sowie in einer Erklärung die Fideicommissaria behaupten. Das Stadtgericht schloß sich am 8. Mai 1844 der ersteren Ansicht an, während auf Appellation des Imploraten und dessen Antrag auf Actenversendung das Spruchcollegium zu Leipzig am 1. November 1844 unter Compensation sämmtlicher Kosten erster und zweiter Instanz den Imploraten zu dem Beweise zuließ, daß die Absicht der Erblasserin dahin gegangen sei, daß der besagte Wechsel und die dafür zu erlangende Summe nicht in dem in ihrem Testamente errichteten Universalfideicommisse mitbegriffen, sondern des Imploraten freies Eigenthum sein solle. Auf Oberappellation der Imploranten wurde unter Kostencompensation dies Urtheil vom Oberappellationsgerichte am 29. Januar 1847 bestätigt.

95. **Fideicommissum. Voluntas testatoris im Gegensatze zu den geschriebenen Worten. Begründung der Einrede einer abweichenden Willensmeinung des Testators. Fassung der Beweisauflage.**

Bei Fideicommissen hat die voluntas des Testators unbedingt den Vorzug vor den geschriebenen Worten seiner letztwilligen Verfügung, und dies tritt insbesondere dann ein, wenn, wie hier, die Behauptung dahin geht, daß der Wille des Testators auf eine

Beschränkung des Fideicommisses nach seinem Umfange hinausgegangen sei.

L. 16 C. de fideicommiss. (6, 42)

Was die Imploranten gegen jene Nachlassung des Beweises, namentlich in dem hier vorliegenden Falle eingewendet haben, ist nicht für erheblich, viel weniger für gegründet zu halten. Wenn sie nämlich

1. meinen, daß bei letzten Willen die bloße Absicht, welche nicht wörtlich ausgesprochen sei, das propositum in mente nichts gelte, so muß man dies insoweit freilich anerkennen, als positive Verordnungen, namentlich Erbeinsetzung und Vermächtnisse, allerdings auf irgend eine Weise ausgesprochen sein müssen. Dies läßt sich aber nach dem angeführten Gesetze und vielen anderen Stellen

z. B. L. 3 § 11 D. de adimend. legat. (34, 4)

L. 27 C. de fideicomm. (6, 42)

auf die Wiederaufhebung oder Beschränkung von Fideicommissen nicht anwenden, indem dazu der erwiesene bloße Wille des Testators genügt. Es ist daher ein ganz müßiger Streit unter den Partheien darüber geführt worden, ob die dem Testamente beigelegte scriptura der Testirerin, worauf der Implorat sich für seine Behauptung gestützt hat, als ein wahres Codicill zu betrachten sei oder nicht.

2. Den Imploranten scheint ferner auf den ersten Blick die Regel zur Seite zu stehen, daß bei ganz klaren letztwilligen Verordnungen von einer entgegenstehenden Absicht des Testators keine Rede sein könne.

L. 25 § 1 D. de legatis III.

Allein, nicht zu gedenken, daß diese Regel eine Ausnahme leidet, wenn der entgegenstehende Wille dieselbe Klarheit hat, als die ausgesprochenen Worte,

L. 3 C. de liberis praeter. (6, 28)

so ist auch jene Regel hier gar nicht anzuwenden. Denn des streitigen Wechsels selbst ist im Testamente mit keiner Silbe gedacht, sondern es wird nur aus der allgemeinen Bestimmung, wonach sowohl die Verwaltung der Testaments-Executoren, als das Fidei-

commiß das ganze Vermögen der Erblasserin begreifen sollen, gefolgert, daß auch jener Wechsel unter dieser Bestimmung begriffen sei. Nun ergibt aber schon die allegirte L. 16 C., daß solche allgemeine Worte gar wohl durch die Nachweisung des bloßen Willens des Testators einen beschränkteren Sinn erhalten können. Hier kommt überdies noch hinzu, daß die Behauptung des Imploraten wesentlich auch darauf beruht, daß die Erblasserin den fraglichen Wechsel gar nicht als zu ihrem Vermögen gehörig betrachtet habe, wofür unter Anderem sogar auf ihre eigene scriptura hingewiesen ist.

3. — — — — — —

4. Am erheblichsten scheint endlich der Einwand der Imploranten zu sein, daß die nackte Behauptung der voluntas testatoris keine Beweisnachlassung veranlassen dürfe, sondern daß hierzu die Angabe einzelner Thatsachen, woraus auf die Absicht des Testators geschlossen werden könne, erforderlich sei. Der Implorat habe aber excipiendo solche Thatsachen gar nicht angeführt, und was er davon duplicando angedeutet habe, sei nicht allein ungenügend, sondern auch als verspätet nicht zu beachten. Wollte man sogar gestatten, die Aufstellung der besonderen Thatsachen, woraus die Absicht des Testators hervorgehen solle, bis in das Beweisverfahren zu verschieben, so würde man darin erst über die Erheblichkeit derselben verhandeln und entscheiden müssen, was doch in das erste Verfahren gehöre.

Allein bei näherer Erwägung steht diese ganze Argumentation dem in voriger Instanz ergangenen Beweisinterlocute keineswegs entgegen. Zwar ist es

a. richtig, daß ein leeres Berufen auf eine von den Worten des Testaments abweichende Willensmeinung des Testators keine Beachtung verdient, sondern es müssen Gründe aufgestellt werden, woraus sich abnehmen läßt, daß die Behauptung wahrscheinlich oder doch gar wohl möglich sei. In vorliegender Sache ergibt sich aber auf den ersten Blick, daß die Absicht, welche der Implorat in Betreff des streitigen Wechsels der Testirerin beilegt, jedenfalls viel für sich hat. — — — —

b. Auch der dem Imploraten gemachte Vorwurf einer Ver-

spätung mit den Gründen, woraus er die von ihm behauptete Absicht der Testirerin hat ableiten wollen, ist durchaus verwerflich. Excipiendo brauchte er nur soviel anzuführen, daß es ersichtlich wurde, wie er nicht bloß calumniae causa sich auf die neben der scriptura hervorgehobene voluntas der Erblasserin stütze, und hieran hat der Implorat es keineswegs fehlen lassen. — — — Die weitere Ausführung und die Vervollständigung seines Vorbringens im Laufe des Processes stand ihm aber demnächst völlig frei, nicht bloß in der Duplik, sondern selbst in den höheren Instanzen.

L. 4 C. de tempor. et repar. app. (7, 63)
J. R. A. § 73. 74.

c. Soviel nun den Einwand der Imploranten betrifft, welcher zugleich auch den Gegenstand ihrer eventuellen Beschwerde bildet, daß im Falle einer behaupteten Absicht des Testators nur die Thatsachen, woraus diese Absicht hervorgehen solle, nicht aber die Absicht selbst zum Beweise zu verstellen sei, so ist der dafür aufgestellte Grund, daß die Verhandlung und Entscheidung über die Relevanz solcher Thatsachen ausschließlich in das erste Verfahren gehöre, durch kein Gesetz zu rechtfertigen. Auch kann die doctrinelle Trennung des ersten Verfahrens vom Beweisverfahren in der Praxis nicht für so scharf gehalten werden, daß über die Erheblichlichkeit der Thatsachen, woraus man bei einem s. g. künstlichen Beweise die Wahrheit des Beweissatzes folgern will, nicht noch in den Deductionsschriften verhandelt und darüber im Definitiv-Erkenntnisse mit entschieden werden dürfte. Zwar mag es in einzelnen Fällen richtig und angemessen sein, da, wo der behauptete allgemeine Rechtsbegriff z. B. Eigenthum, Erbschaftsantretung, culpa oder, wie hier voluntas testatoris, aus einzelnen speciell bestimmten factis abgeleitet wird, diese zum Beweise zu verstellen; daraus folgt aber nicht, daß es unzulässig sei, den Beweissatz in dazu geeigneten Fällen auch auf den allgemeinen Begriff zu richten, vielmehr wird dies oft geschehen müssen, um den Beweisführer nicht ohne Noth zu beschränken und um dem materiellen Rechte förderlich zu sein.

v. Tevenaar Theorie d. Beweise d. Civilpr. p. 170—173

v. Gönner in der Note * zu dem ordentl. Processe 5. Ausg. § 233

Weber Verbindlichkeit zur Beweisführung II. § 11 und Heffter in der Note dazu.

Ein solcher Fall liegt nun hier vor: hier war es gewiß richtig, den Beweissatz allgemein auf die Absicht der M. C. Piautaz zu stellen und nicht auf einzelne Thatsachen, woraus dieselbe gefolgert wird. Denn die Thatsachen, worauf der Implorat sich gestützt hat, bedürfen größten Theils keines weiteren Beweises und es ist gar wohl möglich, daß er noch andere Thatsachen aufstellen und erweisen kann, woraus sich jene Absicht folgern läßt, ja sogar, daß er im Stande ist, directe Beweise mündlicher oder schriftlicher Aeußerungen der Testirerin über die von ihm behauptete Absicht derselben beizubringen.

96. Grundsätze über Kostencompensation.

Die Kosten dieser Instanz waren zu vergleichen, da die Appellanten das Urtheil erster Instanz für sich haben und es ihnen gerade nicht zum Vorwurf gereicht, daß sie, bei ihrer Verantwortlichkeit gegen die eventuell zum Fideicommiß Berechtigten, den Versuch machten, die Wiederherstellung des ersten Urtheils zu erwirken. Auch war es bei der Entscheidung im vorigen Urtheile, wodurch die sämmtlichen, in den beiden ersten Instanzen bis dahin erwachsenen Kosten gegeneinander aufgehoben sind, zu belassen. Denn da in zweiter Instanz reformatorisch erkannt wurde, so ergab sich die Compensation der dort aufgelaufenen Kosten von selbst. Soviel aber die Kosten erster Instanz anbetrifft, so bringt es zwar die Regel mit sich, daß solche im Falle eines Beweisinterlocuts bis zum Endurtheil ausgesetzt werden; da jedoch vorauszusehen ist, daß nach der ganzen Lage der Sache die bis jetzt beim Stadtgerichte entstandenen Kosten jedenfalls im Definitiv-Erkenntnisse verglichen werden möchten, so war auch in diesem Puncte kein genügender Grund zur Abänderung vorhanden.

XLII.

Emil Zahn aus Gotha, Imploranten
contra
die Joh. Chr. Catterfeld'schen Erben, Imploraten.

Der verschollene Joh. Chr. Catterfeld wurde auf Antrag seiner im vierten Grade mit ihm verwandten Intestaterben für todt erklärt. Es trat nun der im fünften Grade mit dem Verschollenen verwandte Emil Zahn als Erbprätendent auf. Das Stadtgericht verwarf am 18. September 1846 ohne weitere Verhandlung den Antrag als unbegründet. Dieses Decret wurde auf Appellation des Imploranten bestätigt vom

Appellationsgerichte am 18. November 1846
Oberappellationsgerichte am 30. Januar 1847.

97. Befugniß des Richters materiell grundlose Ansprüche sofort zu verwerfen.

Da es ein in der Praxis ebenso allgemein befolgter, als von den processualischen Schriftstellern

vgl. Mittermaier i. Arch. f. civil. Praxis Th. 5. p. 376
Linde Lehrbuch des Civilpr. 5. Aufl. § 198 not. 5
Bayer Vorträge 5. Aufl. p. 228
Heffter System d. Röm. u. Deutsch. Civilpr. § 345

gebilligter Grundsatz ist, daß der Richter solche Klagansprüche, deren völlige materielle Grundlosigkeit klar vorliegt, sofort und ohne Einleitung weiteren Verfahrens ex officio zu verwerfen nicht bloß berechtigt, sondern auch zur Vermeidung unnützer Processe verpflichtet sei, so erscheint das Verfahren des Stadtgerichts, welches Appellanten mit seinen vermeintlichen Erbansprüchen auf den Nachlaß des verschollenen Joh. Chr. Catterfeld ohne Weiteres per decretum vom 18. September v. J. zurückwies, vollkommen gerechtfertigt, dafern nur klar vorliegt, daß den übrigen Erbprätendenten, welche sich in Folge der ergangenen Edictalien

zu gedachtem Nachlasse gemeldet und damit allein schon den vom Appellanten für unerläßlich erachteten Widerspruch gegen Ausantwortung des Vermögens an minder oder gar nicht berechtigte Individuen zur Genüge kund gegeben haben, ein besseres Erbrecht zur Seite steht. — — — — Im vorliegenden Fall mußte es auch für ganz unbedenklich erachtet werden, das jetzt eingewandte Rechtsmittel der Appellation, gleichwie in voriger Instanz, auch jetzt ohne weitere Verhandlung und selbst ohne vorgängige Acten-Einforderung, wie geschehen, zu verwerfen.

98. **Jus repraesentationis** in Bezug auf entferntere Descendenten von Geschwistern.

Es ist namentlich ganz verkehrt, wenn Appellant, um ein concurrentes Erbrecht geltend zu machen, aus der Person seines Vaters ein **jus repraesentationis** unter der Behauptung in Anspruch nimmt, daß dieses nach Frankfurter Rechten auch auf die entfernteren Descendenten von Geschwistern sich erstrecke, indem auch hierin die Frankfurter Reformation, wie sich deutlich aus der Vergleichung der §§ 2, 3, 6 tit. 5 Th. 6 ergibt, schlechthin dem Römischen Erbfolge-System folgt.

99. **Transmissio ex capite restitutionis in integrum.**

Die Behauptung des Appellanten erscheint völlig unbegründet, daß er **jure transmissionis** aus der Person und anstatt seines Vaters und sonach, weil dieser dem Erblasser gleichfalls im vierten Grade verwandt gewesen, mit und neben den übrigen Erbprätendenten auf das Catterfeld'sche Vermögen Anspruch habe. Denn die **transmissio ex capite restitutionis**, welche jedenfalls allein hier in Betracht käme, findet keineswegs in allen und jeden Fällen Anwendung, wo irgend ein Hinderniß rechtlicher Art der gehörigen Antretung einer deferirten Erbschaft Seitens des berufenen Erben bis zu seinem Tode entgegen stand. Es muß vielmehr, wie bereits in

Fr. S. Maria Henr. Kalkbrenner c. Rechnei- u. Rentenamt 1837

näher ausgeführt worden, diese **transmissio** auf die in den Gesetzen

speciell erwähnten Fälle umsomehr beschränkt werden, als nicht bloß überhaupt die Transmission einer bloß deferirten Erbschaft als Ausnahme von einer in ausdrücklichen Gesetzes-Vorschriften begründeten, auch in den Frankfurter Rechten anerkannten

Ref. VI. tit. 1 § 4

Regel erscheint, sondern auch in allen den Fällen, wo die Gesetze dem Erben des Erben ausnahmsweise ex capite restitutionis das Recht zu nachträglicher Erbschafts-Antretung ertheilen, Gründe und Verhältnisse ganz besonderer Art eintreten, so daß höchstens unter gleichen oder doch ähnlichen Umständen eine analoge Ausdehnung dieser Transmission sich wird rechtfertigen lassen.

An solchen fehlt es nun aber im vorliegenden Falle gänzlich, wozu noch kommt, daß der Vater des Appellanten von dem Tode und dem Verschollensein des Catterfeld überall nichts gewußt hat, demjenigen also, an dessen Stelle und als dessen Erbe Appellant die Erbschaft antreten will, deren Eröffnung gar nicht bekannt, noch derselbe zu deren Antretung bereit gewesen ist, und daß man, wenn das allein entschiede oder genügte, hier nicht einmal behaupten könnte, es sei des Appellantens Vater nur rechtlich, nicht durch factische Umstände an dem Erwerbe des Catterfeld'schen Nachlasses verhindert worden.

Allerhöchstens könnte mithin dem Appellanten eine analoge Anwendung der

L. 30 pr. L. 86 pr. D. de acquir. vel amitt. her. (29, 2),

in welcher allerdings dem Erben des innerhalb der Antretungsfrist verstorbenen Erben Restitution gewährt wird, die Möglichkeit nachträglichen Erwerbs der von seinem Vater nicht angetretenen Erbschaft eröffnen. Inzwischen enthalten diese Stellen, wie dies gleichfalls in der obenerwähnten Rechtssache, sowie in

Fr. S. Wateler c. A. M. Knatz 1825

diesseits schon ausgesprochen, eine ganz singuläre Begünstigung derjenigen, welche rei publicae causa abwesend sind, wenn ihnen während solcher Abwesenheit ein Nachlaß anfällt und ihr Tod eintritt, ohne daß sie denselben angetreten oder auch nur Kunde davon erhalten haben. Analoge Anwendung dieser Bestimmung erscheint daher, wenn schon von manchen und angesehenen Rechtslehrern ver-

theidigt, in aller Weise unthunlich, würde auch obenein dem Appellanten insofern wenig nützen, als diese Art der Restitution nach

L. 1 C. de rest. mil. (2, 51)

an die gewöhnliche Restitutionsfrist gebunden ist, welche in vorliegendem Falle, da Appellantens eigener Angabe nach sein Vater schon im Jahr 1812 verstorben ist, längst verstrichen ist.

XLIII.

Martin Herz zu Bornheim, Kläger
contra
Philipp Höhner III. ebendaselbst, Beklagten.

Das Stadtgericht erkannte am 15. März 1841: Kläger hat — zu beweisen, „daß er das fragliche $1/_8$ Loos in der sechsten Classe der 98. Stadtlotterie in Gemeinschaft mit dem Beklagten gespielt, oder daß er das fragliche $1/_8$ Loos durch alle Classen der 98. Stadtlotterie gemeinschaftlich mit dem Beklagten gespielt," wobei er sich in beiden Fällen des Zugeständisses gemeinschaftlichen Spielens bis zur vierten Classe mitbedienen kann. Auf geführten Zeugenbeweis erkannte das Stadtgericht am 30. Mai 1842 auf den Reinigungseid des Beklagten, während auf Appellation des Klägers und auf vom Beklagten beantragte Actenversendung das Spruchcollegium zu Jena am 28. April 1843 den Beweis des Klägers pure für erbracht erklärte. Auf Oberappellation des Beklagten erkannte unter Compensation der Kosten aller drei Instanzen mit Ausnahme der dem Beklagten zur Last bleibenden Actenversendungskosten das Oberappellationsgericht am 26. Februar 1847 auf den Erfüllungseid des Klägers.

100. Classenlotterie. Spielvertrag für alle Classen.

Es liegt in der Natur der Sache, daß, wer ein Lotterieloos spielt, als Zweck den Gewinn vor Augen hat, der auf das Loos

fallen kann, und daher bei einer Lotterie, wo die Entscheidung der Gewinnfrage bis zur Beendigung der in mehreren Classen fortzusetzenden Ziehung aufgeschoben werden kann, seine Absicht regelmäßig nicht bloß auf ein Spiel in der nächsten Classe, sondern auch eventuell in den folgenden Classen gerichtet haben wird. Es entspricht aber auch der Regel, nach welcher ein unbeschränkter Satz in seiner Allgemeinheit verstanden werden muß, daß derjenige, welcher in Beziehung auf ein Classenlotterieloos oder einen Theil desselben ein gemeinschaftliches Spiel eingehen zu wollen erklärt, voraussetzt, daß die beabsichtigte Gemeinschaft sich auf alle noch durchzuspielenden Classen beziehen soll. Eine nicht mit der Beschränkung auf eine bestimmte Classe geschlossene Uebereinkunft, ein Loos oder Loostheil gemeinschaftlich zu spielen, ist daher auch ohne deßfallsige ausdrückliche Bestimmung als auf ein gemeinschaftliches Spiel durch alle noch nicht gezogenen Classen gerichtet anzusehen. Sind demnach die Streittheile vor der Ziehung der zweiten Classe der 98. Frankfurter Stadtlotterie übereingekommen, das dem Beklagten zur Renovation angebotene Achtel des zu der gedachten Lotterie gehörigen Looses Nr. — gemeinschaftlich zu spielen, so ist zwischen ihnen ein Gesellschaftsvertrag für alle noch zu ziehenden Classen abgeschlossen und unter dieser Voraussetzung an der Wahrheit des zweiten der für den Kläger durch das Interlocut vom 15. März 1841 normirten Beweissätze, daß Kläger das fragliche Loostheil durch alle Classen gemeinschaftlich mit dem Beklagten gespielt habe, nicht zu zweifeln.

Denn das gemeinschaftliche Spiel durch alle Classen ergibt sich aus dem Dasein eines solchen Gesellschaftsvertrags, dessen Wirksamkeit auch nicht davon abhängt, daß der Kläger seiner durch den Vertrag begründeten Verpflichtung zur Beitragsleistung bei der Renovation des Looses zu den verschiedenen Classen nicht überall nachgekommen, indem die Nichterfüllung der einem Gesellschafter aufliegenden Verpflichtungen die Auflösung des Vertrags nicht von selbst zur Folge hat. Der zweite Beweissatz kann demnach, wie der Beklagte will, nicht in dem Sinn aufgefaßt werden, daß Kläger zu allen Klassen und insonderheit zur sechsten seine Renovationsbeiträge an den Beklagten geleistet habe. Einer solchen Auffassung

steht entschieden entgegen, daß bei ihr der erste Beweissatz, der allerdings eine durch Entrichtung und Annahme des Renovationsbeitrags zur sechsten Classe für diese eingegangene Spielgemeinschaft zum Gegenstande hat, mit dem Zusatze einer in gleicher Weise auch bei den vorausgegangenen Classen zu Stande gekommenen Spielgemeinschaft in dem zweiten Beweissatze wiederholt sein würde, was bei dem alternativen Verhältnisse beider Beweissätze, von denen der erste allein schon zu einer Verurtheilung des Beklagten führen soll, umsoweniger angenommen werden kann, als der gedachte Zusatz, soweit er sich auf die zweite, dritte und vierte Classe bezieht, den Beweis unbestrittener Thatsachen verlangen würde. Auch läßt sich der Zurückführung des zweiten Beweissatzes auf einen ihn als Resultat ergebenden, alle Classen umfassenden Spielvertrag der Mangel der Behauptung eines solchen in dem, dem Beweisinterlocut vorausgegangenen, Verfahren nicht entgegensetzen, indem ein gemeinschaftliches Spiel in einzelnen oder allen Classen, wie ein solches vom Kläger in jenem Verfahren behauptet ist, einen ihm zum Grunde liegenden, stillschweigend oder ausdrücklich geschlossenen Vertrag voraussetzt, weßhalb nicht gesagt werden kann, daß bei Regulirung des zweiten Beweissatzes an eine Uebereinkunft der Streittheile, das Achtel des zur 98. Frankfurter Stadtlotterie gehörigen Looses Nr. — gemeinschaftlich zu spielen, nicht habe gedacht werden können.

Eine Uebereinkunft der eben bezeichneten Art, welche nach dem gleich Anfangs Bemerkten als auf ein gemeinschaftliches Spiel durch alle noch nicht gezogenen Classen gerichtet anzusehen ist, hat nun nach den Zeugenaussagen stattgefunden.

XLIV.

Anton Sebastian Wörndel u. Comp. dahier, modo die Erben der verstorbenen Eigenthümerin dieser Handlung, Impetranten u. Kläger

contra

Arnold Halbach zu Philadelphia, Impetraten u. Beklagten.

Beklagter hatte zu beweisen:

1. daß Salisburg u. Cleveland zu Boston von den ihnen durch Beklagten in Consignation gegebenen klägerischen Commissionswaaren an L. P. Gervinus verkauft haben und daß wegen Insolvenz des letzteren Doll. — des Kaufpreises noch nicht eingegangen sind;

2. daß die Kaufgelder für die an J. L. Zimmermann in New-York unterm 15. October 1823 in Consignation gegebenen 9 Kisten Wachstuch zum Betrage von Doll. — bisher nicht eingegangen sind.

Auf geführten Zeugenbeweis erkannte das Stadtgericht am 3. Mai 1844 denselben für verfehlt und gab der Klägerin auf, die ihr eventuell zugeschobenen Schiedseide zu leisten.

Auf Appellation des Beklagten wurde dieses Erkenntniß unter Kostencompensation vom Appellationsgerichte am 28. Juni 1844 bestätigt, dagegen vom Oberappellationsgerichte am 15. März 1847 dahin erkannt: daß, unter Verwerfung der klägerischen Adhäsion und unter Vergleichung der Kosten zweiter und dritter Instanz,

1. in Ansehung des ersten Beweissatzes, sowohl was die erkannte Eidesauflage selbst betrifft, als bezüglich der über die Verzugszinsen ergangenen Entscheidung die Erkenntnisse des Stadtgerichts und Appellationsgerichts lediglich zu bestätigen

und von den jetzigen Appellaten resp. deren gesetzlichen Vertretern der ihrer Erblasserin auferlegte Eid abzuleisten sei; dahingegen, soviel

2. den J. C. Zimmermann'schen Posten anbelangt, obgedachte Erkenntnisse dahin abzuändern seien, daß insofern Beklagter annoch eidlich in supplementum erhärten würde, daß die Kaufgelder für die an J. C. Zimmermann consignirten klägerischen Waaren zum Betrage von Dollars – – bisher nicht eingegangen sei, vorgedachter Posten in des Beklagten Gegenrechnung allerdings zu belassen und demgemäß

3. Beklagter nach Ausschwörung dieses, sowie vorgängig der Ableistung des sub 1 den Appellaten auferlegten Eides, nur noch die Summe von Dollars — nebst Zinsen zu 5% und zwar letztere für die Summe von Dollars — bis auf das alterum tantum, dagegen für die Summe von Dollars — vom 4. April 1828 ab den Klägern binnen sechs Wochen zu bezahlen schuldig sei.

101. Ist der Schiedseid, zu dessen Leistung sich die Parthei erboten hat, im Falle des Versterbens derselben für geleistet zu erklären?

Es konnte dem Antrage der jetzigen Appellaten, diesen Eid, zu dessen Leistung ihre Erblasserin sich bereits erboten hatte, für geleistet zu erklären und die eventuell gegen Beklagten ausgesprochene Condemnation zu purificiren, nicht deferirt werden. Zwar ist es nicht zweifellos, ob ein solches Erbieten zum Eide nicht auch schon dann den Erben zu Statten komme, wenn die Eidesauflage noch nicht rechtskräftig geworden ist, und ebenso, ob nicht die Bestimmung in Ref. I. 39 § 12, wenn sie gleich ihrer Stellung und Wortfassung nach bloß auf das juramentum necessarium sich bezieht, analoge Anwendung auf den Fall eines erkannten Schiedseids finden dürfe. Indessen können diese Streitfragen hier füglich auf sich beruhen bleiben. Denn jedenfalls wird solch' Erbieten zum Eide, wenn und weil es die Wirkung eines ausgeschwornen Eides haben soll, als fingirte Eidesleistung zu behandeln sein, und da unbestrittner Maßen die wirkliche Ableistung von Haupteiden der Regel nach von der Parthei in eigener Person zu geschehen hat, mindestens nicht anders als auf Grund eines

Special-Mandats durch einen Dritten statthaft ist, so kann die bloß von dem Sachführer, ohne Bezugnahme auf ein Special-Mandat abgegebene Erklärung, es sei sein Mandant zur Eidesleistung erbötig, in keiner Weise genügen, um den Erben des Letzteren jenen Vortheil zu sichern.

102. Verbot der usurae ultra alterum tantum.

(Vergl. Bd. III. Nr. 81.)

Bei Bestätigung der sententia a qua in Betreff der Verzinsung der rückständig gebliebenen Summe war, wie im Urtheile geschehen, darauf Rücksicht zu nehmen, daß das Verbot der usurae ultra alterum tantum auch auf die durante lite erwachsenden Zinsen Anwendung leide und demgemäß auszusprechen, daß Beklagter nur bis auf die Höhe der ihm obliegenden Capitalzahlung zu Zinsen verpflichtet sei.

103. Zeugen, die der Sachen mitverwandt sind. Die Mittelspersonen eines Geschäftes als Zeugen.

(cf. Bd. I. Nr. 111.)

Soviel den dispositiven und allein entscheidenden Theil des zweiten Beweissatzes betrifft, so hat Zimmermann ad art. 4 auf das bestimmteste bekundet, daß er wegen damals eingetretener Insolvenz mit dem ganzen Betrage jener Schuld in Rückstand geblieben und trotz der, wenigstens in der ersten Zeit häufigen und ungestümen Mahnungen des Beklagten, bei fortdauernder Zahlungsunfähigkeit diese ganze Summe nun noch schuldig sei, daß er auch für jetzt, obwohl er sich zu dieser Schuld bekenne, nicht zu bestimmen vermöge, ob und wann er dieselbe zu bezahlen im Stande sein werde. Es ist daher nicht bloß, was Beklagter allein zu beweisen hatte, der bisherige Nichteingang des streitigen Postens, sondern noch über die Beweisauflage hinaus, auch dies durch Zimmermann's Zeugniß und Geständniß bekundet, daß der Grund des Ausfalls in der Insolvenz des Schuldners liege und der Nichteingang durch Negligenz des Beklagten als Consignatärs nicht verschuldet sei. Es kommt mithin Alles darauf an, ob Zeuge

in dieser, wie in anderer Beziehung als ein glaubhafter und unverdächtiger Zeuge zu betrachten sei oder nicht.

Kläger haben dies bestritten und sogar auf ihren durch die rechtskräftigen Productions-Erkenntnisse längst beseitigten Einwand völliger Unzulässigkeit des Zeugen, welcher ein testis in propria causa sei, zurückkommen wollen. In der sententia a qua aber wird auf Grund von Ref. I. 33 § 13 wenigstens sein Zeugniß als höchst verdächtig behandelt. Beides kann jedoch für richtig nicht erachtet werden und muß vielmehr Z. — — —, für durchaus unverdächtig gelten. Denn wie in der

L. 10 D. L. 10 C. de test. (22, 5; 4, 21)

dem Ausdrucke „in sua“ und „propria causa“ keine andere Bedeutung beigelegt werden kann, als daß, wer an dem obschwebenden Processe selbst unmittelbar oder mittelbar Antheil hat und wer von dessen Ausgange Vortheil oder Schaden gewärtigen kann, nicht zum Zeugnisse zugelassen werden dürfe,

vergl. L. 1 § 11. L. 12 D. quando appell. (49, 4)

so ist auch in der obigen Stelle der Reformation, welche „Personen, so der Sachen mitverwandt, derselben Theil und Gemein, Gewinn und Verlust haben mögen,“ vom Zeugnisse ausschließt, unter „der Sachen“ nichts anders zu verstehen, als der schwebende Proceß, die „angestellte Rechtfertigung,“ wie sich das

Hamburger Statut I. 28 § 7

ausdrückt; der allerdings ungewöhnliche Ausdruck „mitverwandt“ dagegen ist lediglich in dem Sinne von „mitbetheiligt“ und „mitinteressirt“ zu nehmen, mag nun diese Betheiligung unmittelbarer (Theil und Gewinn) oder mittelbarer Art (Gewinn und Verlust) sein. Ein Ausschluß aller und jeder Personen, welche bei demjenigen Rechtsgeschäfte, woraus sich der obschwebende Proceß entwickelt hat oder die gelegentlich desselben zur Sprache kommen, als Mittelspersonen oder wie sonst mitthätig waren, welche aber bei dem Ausgange des Processes selbst gar nicht weiter interessirt sind, hat sonach durch jene Vorschrift der Reformation ebenso wenig ausgesprochen werden sollen, als daß überhaupt Niemand de facto proprio ein gültiges und beweisendes Zeugniß ablegen könne. Offenbar verkehrt wäre eine solche Ausdehnung der Unfähigkeits-

und Verdachtsgründe, weil gerade durch solche, zwar mitthätige, aber nicht mitbetheiligte Nebenpersonen die beste und oft die alleinige Auskunft über den Sachverhalt gewonnen werden kann. Sie könnte daher in der obigen Stelle der Reformation nur dann gefunden werden, wenn entweder die Worte gar keine andere Deutung zuließen oder wenn in den gemeinen Rechten, worauf gerade dieser § 13 noch speciell verweiset, sich ein Vorgang dafür fände. Weder jenes ist aber der Fall, noch letzteres, da die Bestimmung der

L. ult. D. de test. (22, 5)

wegen der executores negotiorum auf Privat-Mandatare und andere derartige Zwischen- und Mittelspersonen überall nicht sich bezieht oder analog anzuwenden ist, und die wegen der mediatores in

Nov. 90 c. 8

enthaltene Vorschrift zwar auf proxenetae und ähnliche Personen mitgeht, indessen bloß von der Zeugnißpflicht, nicht von der Zeugnißfähigkeit eine Ausnahme begründet.

Hiernach erscheint es durchaus gleichgültig, daß einerseits Z. bei den durch Beklagten bewirkten Commissions-Verkäufen als Subconsignatär mitthätig gewesen ist, daß er andererseits über ihn selbst betreffende Thatsachen und über seine eigenen Verhältnisse ausgesagt hat. Bei dem Ausgange des Processes ist er durchaus nicht betheiligt, da er in dem einen, wie anderen Fall zur Berichtigung der von ihm bekannten Schuld verpflichtet bleibt. Es liegt aber auch kein Grund zu der Annahme vor, daß er, seinem eigenen Credite zum Schaden und zugleich in einer bei künftiger Einforderung jener Schuld für ihn präjudicirlichen Weise, dieselbe der Wahrheit entgegen als entstanden und als noch vorhanden zugegeben haben sollte, noch auch kann man zu dem Verdachte sich veranlaßt finden, daß er wider Pflicht und Gewissen den Beklagten durch ein falsches Zeugniß begünstige. Denn wenn auch bei etwaigem Unterliegen des Beklagten, welcher dann Klägern für diesen Rückstand gerecht werden müßte, sich annehmen läßt, daß derselbe mit größerer Energie auf Beitreibung des Ausstandes bedacht sein werde, als dies den weit entfernten Klägern möglich ist, oder vom Beklagten in deren Namen und für ihre Rechnung bisher geschehen ist oder ferner geschehen dürfte, so ist doch das Interesse

jedenfalls ein viel zu entferntes, als daß deßhalb allein die Angabe des Zeugen, zumal für den Augenblick seine unzweifelhafte Insolvenz ihn hinlänglich schützt, für verdächtig gelten könnte, ja sogar von der Beschaffenheit, daß es ihn unmöglich zu einer falschen Aussage bestimmen konnte, weil dasselbe nur dann vorhanden ist, wenn er wirklich noch etwas schuldet, mithin seine Aussage wahr ist.

104. Gerichtlicher Eid bei dem testimonium singulare.
(Vergl. Bd. II. Nr. 272.)

Geht man aber von völliger Glaubwürdigkeit des Zeugen aus, so ist zwar immer noch eine Eidesleistung unerläßlich, da nur ein testimonium singulare für das Angeben des Beklagten vorliegt. Es ist aber auch, daß Beklagter zur eidlichen Erfüllung seines Beweises zugelassen werden müsse, schon durch Ref. I. 39 § 7 begründet und um so unbedenklicher, weil er über den Eingang, resp. Nichteingang der fraglichen Gelder, worauf alles ankommt, aus eigener Wissenschaft zu schwören im Stande ist.

XLV.

Wittwe Philipp Weidmann Rebecca, geb. Pfannenstiel zu Oberrad, Klägerin

contra

Ludwig Gailing daselbst, Beklagten.

Unter den Partheien ist ein Einfahrtrecht streitig, welches der Beklagte als Eigenthümer der Hofraithe Gew. I. Nr. 143 durch die klägerische Hofraithe Gew. I. Nr. 144 beansprucht. Das Stadtgericht erkannte am 1. September 1845 auf Beweis

1. des Beklagten, daß ihm als Eigenthümer der Hofraithe Gew. I. Nr. 143 das Recht der Einfahrt durch die Hofraithe Gew. I. Nr. 144 zustehe;

2. der Klägerin, daß in den letzten zehn Jahren entweder sich zwischen den beiderseitigen Hofraithen eine Plankenwand ohne Thüre oder sonstige Oeffnung befunden habe oder noch befinde, oder längs der Grenze der Hofraithe der Klägerin die Hofraithe des Beklagten 3 bis 4 Schuh tiefer liege und hierdurch das Fahren aus einer Hofraithe in die andere unmöglich gemacht werde.

Auf Appellation des Beklagten und Adhäsion der Klägerin erkannte unter Kostencompensation das Appellationsgericht am 3. December 1845, daß — — — Klägerin bei Führung der beiden alternativen Beweise auch zu beweisen habe, daß von ihr oder ihren Vorfahren eine Handlung in der Absicht vorgenommen worden, um die Ausübung der angeblichen Servitut zu verhindern und daß Beklagter sich dabei während des gesetzlichen Zeitraums beruhigt habe; — und daß dem Beklagten der Beweis der mala fides der Klägerin neben dem allgemeinen Gegenbeweis nachzulassen sei.

Auf Oberappellation der Klägerin erkannte unter Compensation der Kosten zweiter und dritter Instanz das Oberappellationsgericht am 27. März 1847, daß der von der Klägerin in Ansehung der Einrede der Erlöschung zu führende Beweis in dem Maße festzusetzen sei, „daß das fragliche Durchfahrtsrecht von dem Beklagten oder dessen Vorbesitzerin während eines Zeitraums von zehn Jahren nicht ausgeübt worden," und dem Beklagten hiergegen nur der directe Gegenbeweis, nicht aber der Beweis einer mala fides der Klägerin oder ihrer Vorbesitzer, nachgelassen bleibe.

105. Verhältniß der Servituten-Erlöschung durch non usus oder usucapio libertatis.

Die Klägerin beschwert sich in der jetzigen Instanz principaliter, daß ihr nicht statt des Beweises einer usucapio libertatis, vielmehr der Beweis eines bloßen zehnjährigen non usus auferlegt sei. — — Wenn nun der Beklagte die formelle Zulässigkeit dieser Beschwerde deßhalb bestreiten will, weil die letztere in der vorigen Instanz von der Klägerin nicht im Wege einer selbstständigen Appellation, sondern einer Adhäsion angebracht worden, nun aber nicht gegen die damals vom Beklagten angefochtene Entscheidung

des Stadtgerichts — die Fassung des Beweises der Einrede der usucapio libertatis — sondern gegen eine ganz andere Entscheidung — die Verwerfung der Einrede des bloßen non usus — gerichtet sei, überdies auch der Beklagte hinsichtlich der ersten Alternative jenes Beweises nur auf eine, von der Klägerin selbst für überflüssig erklärte Declaration angetragen habe, so ist dieser Einwand ungegründet. Denn obgleich der für das Oberappellationsgericht gesetzlich festgestellte Grundsatz, daß die Adhäsion nur gegen diejenigen Theile des Erkenntnisses zulässig ist, über welches sich auch der Appellant beschwert hat,

Gerichts-Ordnung § 135

in Frankfurt nach dem dortigen Gerichtsgebrauche ebenfalls gilt, so erscheint doch gerade nach dieser Bestimmung die hier vorliegende Adhäsion als völlig statthaft. In dem decisiven Theile des stadtgerichtlichen Erkenntnisses ist nämlich eine besondere Entscheidung darüber, daß zur Erlöschung der Servitut eine usucapio libertatis nothwendig sei und ein bloßer non usus nicht genüge, überall nicht enthalten, sondern nur die Festsetzung des von der Klägerin wegen jener Erlöschung zu führenden Beweises, und der Beklagte hat sich über beide Alternativen des Letzteren, mithin über die ganze Normirung des Beweises beschwert, indem er zu einer jeden Alternative noch den höchst wesentlichen Zusatz verlangte, daß die Klägerin außer der bloßen Existenz der darin enthaltenen Zustände ferner beweisen solle, daß eine solche durch eine Handlung der Klägerin oder ihrer Vorbesitzer in der bestimmten Absicht, die Ausübung der Servitut dadurch zu verhindern, bewirkt worden sei, die Klägerin konnte sich also ihrerseits adhaerendo gleichfalls über die Fassung dieses Beweises beschweren und diese Beschwerde namentlich durch die Ansicht rechtfertigen, daß es bei jener Erlöschung nur auf non usus ankomme. Es stehen hier auch nicht — wie der Beklagte die Sache darstellt — zwei verschiedene Einreden, die Einrede des non usus und der usucapio libertatis in Frage, so daß etwa die Erstere durch die Fassung des Beweises im decisiven Theile des stadtgerichtlichen Erkenntnisses implicite verworfen wäre, denn Beides ist eine Einrede. Die Einrede der Erlöschung durch non usus und

das Hinzukommen der sogenannten usucapio libertatis — das heißt die Vornahme einer der Servitut widerstreitenden Handlung von Seiten des Verpflichteten — ist dabei eine bloße Modification, wie sich dies klar aus der Hauptstelle

L. 6 D. de servit. praed. urban. (8, 2)

ergibt: die Ansicht des Stadtgerichts über die Nothwendigkeit einer usucapio libertatis war mithin nur ein Entscheidungsgrund für die Art der Fassung des Beweises jener einen Einrede.

106. Servitutes urbanae bei praediis rusticis und umgekehrt. Erlöschung durch Verjährung.

Es ist freilich eine zweifelhafte und bestrittene Frage, ob denjenigen einzelnen Arten der Servituten, welche im Römischen Rechte respective für servitutes praediorum urbanorum und für servitutes praediorum rusticorum erklärt werden, in Beziehung auf die practischen rechtlichen Verschiedenheiten, die zwischen diesen beiden Classen der Servituten stattfinden, immer, auch in dem Falle, wenn ausnahmsweise die als servitutes urbanae bezeichneten Arten bei praediis rusticis oder die als servitutes rusticae bezeichneten Arten bei praediis urbanis vorkommen, als zu derjenigen Classe gehörig zu behandeln seien, welcher sie im Allgemeinen zugezählt sind; ob also namentlich auf Wegegerechtigkeiten immer und ohne Rücksicht auf den gedachten Fall der Grundsatz anzuwenden sei, daß bei den servitutes praediorum rusticorum zu der Erlöschung durch non usus eine hinzukommende usucapio libertatis nicht erfordert werde? Indessen müssen doch die Gründe als überwiegend betrachtet werden, welche für die Bejahung dieser Frage sprechen, wohin sich denn auch die Mehrzahl der Schriftsteller, welche auf diesen Punct näher eingegangen sind, wenngleich zum Theil in Folge von abweichenden Deductionen, entschieden hat.

Faber conjectur. jur. lib. 19 cap. 15 N. 2 — 5
Bachov ad Treutler vol. 1 disp. 17 thes. 1 lit. B. p. 655. 656
Huber praelect. ad Instit. lib. 2 tit. 3 § 2 und
„ praelect ad Pandect. lib. 8 tit. 2 u. 3 § 3
v. Löhr im Magazin für Rechtswissensch. Bd 3 p. 497

Wening-Ingenheim Lehrb. d. gem. Civilr. Buch 2 § 66
Mühlenbruch doctrina Pand. § 280 u. im Civ. Arch. Th. 15 p. 388
Schweppe röm. Privatr. Th. 2 § 285 in f.
v. Vangerow Leitfaden Bd. 1 p. 631 — 635
v. d. Pfordten im civ. Arch. Th. 22 Nr 2.

Es kann hier nicht der Ort sein, diese Streitfrage erschöpfend zu erörtern, sondern es muß genügen, als vorzüglich entscheidend folgende Gründe hervorzuheben:

Erstens ist in mehreren Stellen des Römischen Rechts zu bestimmt und unbedingt gesagt, die Wegegerechtigkeiten seien servitutes praediorum rusticorum,

pr. J. de servit. (2, 3)
L. 1 pr. D. de servit. praed. rust. (8, 3)
Ulpian fragm. tit. 19 § 1

als daß man dabei die Beschränkung subintelligiren könnte, insofern sie nicht bei praediis urbanis vorkommen, zumal da dieser letztere Fall auch bei den Römern gar nicht ungewöhnlich war.

L. 20 § 1 D. de servit. praed. urb. (8, 2)
L. 7 § 1, L. 14 D. commun. praed. (8, 4)

Zweitens liegt es in der Natur der Sache, daß jene practischen rechtlichen Verschiedenheiten auf dem Wesen und der Beschaffenheit der einzelnen Servituten selbst beruhen, daß also dabei der zufällige Umstand, ob diese Berechtigungen ausnahmsweise bei anderen, als den gewöhnlich vorausgesetzten Arten von Grundstücken vorkommen, nicht berücksichtigt sein kann, wie denn namentlich die specielle hier in Frage stehende Verschiedenheit offenbar mit der, aus dem inneren Wesen der einzelnen Servituten folgenden Verschiedenheit der Besitzverhältnisse zusammenhängt,

Huber praelect. ad Pand. lib. 8 tit. 6 § 6
Unterholzner Verjährungslehre Bd. 2 p. 217

wobei die jedesmalige Qualität der Grundstücke in der Regel ganz gleichgültig ist.

Drittens wird in keiner von allen den Stellen, worin von der Erlöschung der Wegegerechtigkeiten durch non usus die Rede ist,

einer usucapio libertatis für den Fall, wo dieselben bei praediis urbanis vorkommen, erwähnt,

L. 9 § 1 D. si serv. vind. (8, 5)

L. 2, 6, 7, L. 10 pr. L. 11 pr. L. 12, 14 pr. L. 19 § 1 L. 22 D. quemadm. serv. amitt. (8, 6)

Pauli sentent. recept. lib. 1 tit. 17 § 1

obgleich dabei auch gerade dieser Fall mit vorzukommen scheint.

L. 20 D. quemadm. serv. amitt. (8, 6)

Viertens endlich steht denn auch der obigen Ansicht der Umstand nicht entgegen, daß die Benennung und der Begriff der Classification servitutes praediorum urbanorum und servitutes praediorum rusticorum an sich von der Beschaffenheit der Grundstücke, bei welchen sie sich finden, hergenommen ist, denn damit ist völlig vereinbar, daß einzelne Arten von Servituten, bei denen dieser Begriff und Eintheilungsgrund regelmäßig zutrifft, nun ein für allemal in Beziehung auf rechtliche Verschiedenheiten in die eine oder die andere Classe gesetzt sind und darin bleiben, wenn auch ausnahmsweise jene Voraussetzung nicht eintreten sollte.

Ist nun aber die hier vorliegende Wegegerechtigkeit, obgleich das praedium dominans ein praedium urbanum ist, in Beziehung auf die Frage von Nothwendigkeit einer usucapio libertatis als eine servitus rustica zu behandeln, so genügt zu deren Erlöschung jedenfalls der bloße non usus

L. 6 cit. D. de servit. praed. urb. (8, 2)

und zwar ein zehnjähriger, da die fortwährende praesentia der Betheiligten auf beiden Seiten unbestritten ist; weßhalb denn die fernere Streitfrage, ob jene Verschiedenheit zwischen den servitutes urbanae und rusticae nach dem neuern Römischen Rechte überhaupt noch stattfinde oder durch

L. 13 C. de servit. (3, 34)

aufgehoben sei, füglich dahingestellt bleiben kann.

107. Erlöschung der Servitut durch Nichtausübung. Ist bona fides erforderlich?

Daraus, daß die Klägerin nur eine Erlöschung der Servitut durch einfachen non usus zu beweisen braucht, folgt nun aber zu-

gleich weiter, daß dem Beklagten kein Beweis über eine mala fides der Klägerin oder ihrer Vorbesitzerin nachzulassen war; denn daß es nach Römischen Rechte zur Erlöschung der Servituten durch non usus keiner bona fides bedarf, ist außer Zweifel,

L. 4. 27 D. de usuc. et usurp. (41, 3)

zumal dieses die letztere selbst bei der usucapio libertatis nicht verlangt.

L. 32 pr. D. de serv. praed. urb. (8, 2)

Ebensowenig ist sie aber auch nach canonischem Rechte erforderlich, theils weil die Erlöschung der Servituten durch non usus keine praescriptio, sondern ein davon verschiedenes eigenthümliches Rechtsinstitut ist, mithin eine Ausdehnung der correctorischen Bestimmungen des canonischen Rechts über die praescriptio auf den non usus unzulässig sein würde, theils weil auch diese correctorischen Bestimmungen nach der richtigeren Auslegung des

cap. ult. X. de praescr. (2, 26)

nur auf den Fall gehen, wenn Jemand eine fremde Sache in Händen hat und behalten will, wovon bei der bloßen Befreiung des Eigenthums von einer Realservitut nicht die Rede ist.

XLVI.

Hartmann F. dahier, Kläger

contra

Caroline C. dahier, Beklagte.

Kläger klagt auf Grund eines mit der Beklagten abgeschlossenen Eheverlöbnisses auf Vollzug der Ehe, eventuell auf Entschädigung. Beklagte opponirt die Einrede, daß Kläger, wie ihr erst später bekannt worden, mit der fallenden Sucht behaftet sei.

Das Stadtgericht erkannte am 26. November 1845: Beklagte ist schuldig, entweder den Kläger innerhalb 6 Wochen zu ehelichen oder demselben eine Abfindung von fl. 500 zu zahlen,

und die Kosten dieses Rechtsstreites zu erstatten, sie wollte und könnte denn — erweisen, daß der Beklagte mit der fallenden Sucht behaftet sei. Auf Appellation der Beklagten wies unter Vergleichung der Kosten beider Instanzen das Appellationsgericht am 16. Februar 1846 den Kläger mit der erhobenen Klage ab. Auf Oberappellation des Klägers stellte unter Compensation der Kosten zweiter und dritter Instanz das Oberappellationsgericht am 30. März 1847 das stadtgerichtliche Erkenntniß mit dem Zusatz wieder her, daß der Beklagten alternativ mit dem ihr in diesem Erkenntnisse auferlegten Beweise der weitere Beweis „daß der Kläger mit einem der fallenden Sucht ähnlichen abschreckenden Uebel behaftet sei," unbenommen bleibe.

108. Aufhebung des Verlöbnisses durch eine abschreckende Krankheit des Verlobten.

Eine Abweisung der Klage kann die Beklagte aber auch nicht deßwegen verlangen, weil bereits der Beweis eines genügenden Rücktrittsgrundes vorliege. Zwar würde zur Abweisung des Klägers nicht gerade der Beweis der fallenden Sucht in ihrer völligen Ausbildung erforderlich sein, es würde vielmehr genügen, wenn nur ein geringerer Grad dieser Krankheit oder ein ähnliches abschreckendes Uebel bewiesen wäre, und es könnte einem solchen Beweise die ihm gebührende Wirkung nicht entzogen werden, weil die Beklagte mit dem auf die von ihr geschilderten Krankheitserscheinungen gestützten Urtheil, daß an dem Dasein der fallenden Krankheit nicht zu zweifeln sei, mehr behauptet hat, als für den Zweck der Zurückweisung des Klägers erforderlich ist. Allein das Dasein der zu Beweis gestellten Krankheit in ihren verschiedenen Abstufungen oder eines ihr verwandten Uebels kann nur durch ärztliches Urtheil festgestellt werden, und der Richter befindet sich ohne Mitwirkung eines Sachverständigen außer Stande, auf den Grund der Schilderung, welche die Beklagte von der Krankhaftigkeit des Klägers entworfen, die Frage nach dem Dasein der fallenden Sucht oder eines ihr verwandten abschreckenden Uebels zu entscheiden.

XLVII.

Karl Friedrich Tag aus Worms, Kläger
contra
Georg Ludwig Netz dahier, Beklagten.

Kläger war von dem 1. Januar 1844 an auf ein Jahr als Commis in des Beklagten Dienst getreten mit einem jährlichen Salair von fl. — nebst Kost und Wohnung. Kläger wurde am 1. April 1844 gegen seinen Willen von dem Beklagten entlassen und klagte auf Zahlung seines Salairs und Entschädigung für Kost und Wohnung, die er zu fl. 400 per Jahr veranschlagte. Beklagter gibt als Grund jener Entlassung an, daß der Kläger, als er denselben wegen willkürlichen Verlassens des Geschäfts am Morgen des zweiten Ostertages zu Rede gestellt und im Affect einen „einfältigen Jungen" genannt habe, diesen Ausdruck sofort ihm, dem Beklagten, — seinem Principalen — zurückgegeben habe. Das Stadtgericht verurtheilte am 27. September 1844 den Beklagten zur Zahlung des Salairs, sowie des von dem Beklagten eventuell zugegebenen Betrags für Kost und Wohnung mit fl. 200 per Jahr und zu $^2/_3$ der Proceßkosten und ließ dem Kläger Beweis nach, daß eine Vergütung von fl. 400 per Jahr für Kost und Wohnung oder wieviel weniger bis zu fl. 200 dem Verhältnisse, in welchem er bei dem Beklagten gestanden habe, entspreche. Auf beiderseitige Appellation und nachdem beide Theile auf eine ex arbitrio judicis zu bestimmende Aversionalsumme für Kost und Wohnung submittirt hatten, erkannte unter Kostencompensation das Appellationsgericht am 16. December 1844, daß Beklagter schuldig sei, vom 8. April bis ultimo December das Salair mit fl. — per Jahr, sowie für Kost und Wohnung in dem nämlichen Zeitraume fl. 300 per Jahr, und die Kosten erster Instanz zu zahlen, er könne denn beweisen, daß ihm der Kläger

den Ausdruck „einfältiger Junge" zurückgegeben habe, in welchem Falle Beklagter unter Vergleichung der Kosten erster Instanz nur zum Ersatze eines Vierteljahres der obigen beiden Posten verbunden sei. Auf beiderseitige Oberappellation änderte das Oberappellationsgericht am 26. April 1847 unter Kostencompensation die sententia a qua dahin ab, daß, falls der Beklagte den ihm auferlegten Beweis zu erbringen vermöchte, Kläger mit seiner Klage unter Verurtheilung in die Kosten erster Instanz abzuweisen sei.

109. Aufhebung der Dienstmiethe durch Bruch der Achtung.
(Vergl. Bd. II. Nr. 277.)

Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß, wenn wirklich Kläger, wie er fortdauernd behauptet, einer Retorsion der ihm zugefügten Beleidigung sich nicht schuldig gemacht hätte und der deßfalls dem Beklagten nachgelassene Beweis nicht erbracht würde, für solchen Fall dem Kläger mit vollem Rechte eine Entschädigung nach Maßgabe aller contractlich ihm zugesicherten Emolumente, sowie für den ganzen Rest der verabredeten Contractszeit zuerkannt worden ist.

Zwar kann das Benehmen des Klägers am zweiten Ostertage, namentlich, daß er nach und trotz der ihm wegen verspäteten Erscheinens gewordenen Erinnerung eigenmächtig den Laden wieder verließ, durch dasjenige, was er seinerseits vorgebracht hat, nicht einmal entschuldigt, geschweige denn gerechtfertigt werden, indem auch in der Verordnung vom 21. August 1817, auf welche er sich bezieht, der Verkauf in den Häusern nicht verboten ist. Wohlbefugt war daher Beklagter zu ernstem Vorhalte und Verweise wegen solcher Ordnungswidrigkeit und offensichtlicher Renitenz. Wenn aber Beklagter in jetziger Instanz hiermit die Entlassung als vom Kläger selbst verschuldet darzustellen und zu rechtfertigen sucht, — wenn er behauptet, es habe letzterer durch sein Verhalten seinerseits den Contract gebrochen oder doch den Beklagten zu dem ihm schuldgegebenen Contractsbruche genöthigt, so ist dies nicht bloß ein verspäteter und mithin ein formell unstatthafter, sondern auch ein materiell grundloser Einwand. Denn jene Pflichtverletzung und Dienstweigerung, die doch im Ganzen nicht von großer Er-

heblichkeit und ohne bleibenden Nachtheil für das Geschäft des Beklagten war, verdiente zwar ernstliche Rüge, bot aber zu sofortiger Entlassung des Klägers und zu gänzlicher Aufhebung des Contracts weder an sich, noch selbst in dem Falle ein ausreichendes Motiv dar, daß Letzterer den ihm ertheilten Verweis nicht ruhig hingenommen, sondern sich gegen die ihm gemachten Vorwürfe, wenn nur in einer seiner Stellung angemessenen Weise, zu vertheidigen versucht hätte. Umsoweniger konnte dies allein schon dem Kläger präjudiciren, weil Beklagter seinem eigenen Geständnisse nach bei diesen Verhaltungen Ausdrücke sich erlaubt hat, deren injuriöser Character ebenso klar ist, als daß er auch als Principal und einem noch jungen Commis gegenüber dazu nicht berechtigt war, derselbe also bei Ausübung des ihm allerdings zuständigen Rechts der Zurechtweisung jedenfalls in modo excedirt hat, und er zum Theil selbst verschuldet hätte, wenn Kläger über solche unangemessene Behandlung aufgebracht, sein eigenes Unrecht nicht sofort einräumen wollte, auch hinterher um Verzeihung zu bitten sich weigerte. Da nun Beklagter nur unter letzterer Bedingung zur Wiederaufnahme des Klägers bereit, und diese zu stellen, sobald er allein injuriöse Ausdrücke sich erlaubt hatte, umsoweniger berechtigt war, als er dem Kläger durch die bereits geschehene Entlassung einen weiteren Schimpf zugefügt hatte, so müßte, wenn sich die Sache wirklich so verhält, wie Kläger sie darstellt und resp. einräumt, die Demission als sine causa geschehen und daher Beklagter als zu Ersatz des vollständigen Interesse verbunden erachtet werden.

Hiernach kommt es allerdings darauf an, ob Kläger sich die ihm schuld gegebene Retorsion der Injurie erlaubt hat, von welcher Beklagter seinerseits geständig ist, daß er sie dem Kläger zugefügt habe. Zwar meint Letzterer und von gleicher Ansicht ist das Urtheil erster Instanz ausgegangen, daß solchen Falls die Injurie als compensirt gelten müßte, es will sogar Kläger behaupten, daß Beklagter, wäre er auch als injurirter Theil zu betrachten, deßhalb doch nicht zur Entlassung berechtigt gewesen sein würde, indem Contracte dadurch nicht aufgehoben oder alterirt würden, daß ein Theil gegen den anderen sich Injurien erlaube.

Unzweifelhaft aber ist ein Commis, namentlich ein solcher, der zugleich Kost und Wohnung im Hause des Principals hat, als dessen Untergebener anzusehen und steht zu demselben in einem wahren Subordinations-Verhältnisse. Dies kann auch nicht einmal unbedingt auf die geschäftlichen Beziehungen und auf Gehorsam in Betreff dienstlicher Anweisungen des Herrn beschränkt werden, sondern äußert auch in allem anderem Betrachte sich wenigstens dahin, daß der Principal bei gegründeter Veranlassung zu Ermahnungen, Vorhaltungen und Verweisen berechtigt, der Commis aber unter allen Umständen verpflichtet ist, seinem Principal den gebührenden Respect zu erweisen. Sonach kann von völliger Gleichheit zwischen beiden Theilen, wie sie sonst unter Contrahenten besteht, hier überall nicht die Rede sein. Daraus aber folgt mit zweifelloser Evidenz, einmal, daß Kläger, wenn er auch wirklich nur die über ihn selbst gemachte Aeußerung zurückgegeben hat, sich eine schwerere Injurie, als er seinerseits erlitten, erlaubt haben würde, sonach trotz etwaiger Compensation immer noch für den injurirenden Theil anzusehen wäre; sodann aber auch dies, daß die ihm zur Last fallende Injurie zugleich eine grobe Verletzung der ihm aus dem Dienstcontracte wesentlich obliegenden Verbindlichkeiten involviren würde, welche in der vorangegangenen injuriösen Aeußerung des Beklagten zwar ihre Erklärung und in gewissem Betrachte eine Entschuldigung, nimmermehr aber ihre Rechtfertigung finden kann, zumal eine ganz entschuldbare Dienstwidrigkeit des Klägers und die Art, wie dieser den wohlverdienten Verweis aufnahm, den Beklagten in einen Zustand des Affects versetzt hatte. Nicht entfernt unterliegt es daher einem Bedenken, daß bei erweislich stattgehabter Retorsion dem Beklagten höchstens in dem Falle, wenn Kläger zur Abbitte bereit gewesen wäre, zugemuthet werden konnte, denselben in seinem Geschäfte und Hause zu behalten, und daß unter solchen Umständen die sofortige Aufhebung des Contracts innerhalb der stipulirten Dienstzeit **ex justa et sufficienti causa** geschehen wäre.

Durfte aber hiernach dem Beklagten der Beweis der angeblichen Retorsion nicht, wie im ersten Urtheile geschehen war, abgeschnitten, noch sofort für den ganzen Rest des contractmäßigen

Dienstjahres dem Kläger eine Entschädigung zugesprochen werden, so stellt es sich gleichermaßen als nicht hinreichend gerechtfertigt dar, wenn die sententia a qua dem Beklagten zwar jenen Beweis nachgelassen, für den Fall des Erbringens aber der Schadensanspruch des Klägers nicht verworfen, sondern nur quantitativ gemindert und daher bestimmt hat, daß bloß für die Frist von drei Monaten dem Kläger das Salair zu zahlen und die verlorene freie Kost und Wohnung zu ersetzen sei. Eine derartige Minderung des Schadensanspruchs würde sich bei etwa angestellter Injurienklage insofern billigen lassen, als es sich bei solcher um arbiträre, den Umständen entsprechende Feststellung der Satisfactionssumme handelt und vorliegenden Falls allerdings in dem Excesse, dessen Beklagter sich schuldig gemacht hat, ein Milderungsgrund für die dem Kläger gebührende Strafe läge. Nach der Natur der hier angestellten Contractsklage dagegen ist, je nachdem die einseitige Aufhebung des Contracts gerechtfertigt erscheint oder nicht, nur zwischen gänzlichem Mangel alles Klaggrundes oder vollständiger Erfüllung, resp. Entschädigung eine Alternative gegeben. Wenn daher, wie dies auch die sententia a qua nicht verkennt, für den Beklagten die ihm als Dienstherrn gebührende Achtung unwiederbringlich verloren und es ihm schlechthin unmöglich gewesen wäre, die richtige Stellung zu dem ihm untergeordneten Geschäftspersonal und in seinem Hausstande zu behaupten, sobald er genöthigt gewesen wäre oder doch für verpflichtet erachtet würde, einen Commis in seinen Diensten zu behalten, der sich, obschon nur retorquendo, eine grobe Injurie gegen ihn erlaubt hatte und trotz dem bei seiner Weigerung, um Verzeihung zu bitten, sogar verharrte, so erscheint mit dem Erweise der Retorsion nicht blos an sich die Entlassung gerechtfertigt, sondern auch völlig unzweifelhaft, daß Kläger dann in keiner Weise auf irgend welche Entschädigung Anspruch machen kann.

XLVIII.

Jacob Löhren dahier, Kläger
contra
Fanny Benedix, angeblich verehelichte Löhren aus Wilhelmsdorf, Beklagte.

Kläger provocirte die Beklagte, weil sie sich rühme, seine Ehefrau zu sein. Im Laufe der Verhandlungen gab Kläger zu, mit der Beklagten durch einen Israeliten in Odernheim getraut worden zu sein, führte aber zugleich an, daß diese Ehe nach den Vorschriften des dort geltenden französischen Civilgesetzbuches nichtig sei, er auch durch Vorspiegelung eines Vermögens von fl. — zu der fraglichen Ehe inducirt worden sei.

Das Stadtgericht erkannte am 6. August 1845, daß zu erweisen haben

1. Kläger, daß Beklagte ihn durch Vorspiegelung des Besitzes von fl. — zum Abschluß der Ehe inducirt habe.

2. Beklagte

a. daß es wegen der Eigenschaft des Klägers als Ausländers zur Gültigkeit der Ehe zwischen ihm und der Beklagten nach der in Odernheim bestehenden Gesetzgebung keiner weiteren Förmlichkeiten als Erklärung beider Theile vor Zeugen, die Ehe mit einander eingehen zu wollen, bedurft habe,

b. daß sie, Beklagte, ein Vermögen von fl. — in die Ehe eingebracht, oder daß Kläger, nachdem er sie verlassen und über ihre Vermögensverhältnisse unterrichtet gewesen, wieder zu ihr zurückgekehrt sei.

Auf Appellation der Beklagten bestätigte das Appellationsgericht am 5. November 1845 das stadtgerichtliche Erkenntniß, ließ aber dabei der Beklagten frei, daß sie statt des Beweissatzes sub 2 a den Beweis führen dürfe, wie sie zu Odern-

heim auf eine nach dortigen Gesetzen gültige Weise getraut worden sei. Auf Oberappellation der Beklagten änderte unter Kostencompensation das Oberappellationsgericht am 6. Mai 1847 die sententia a qua dahin ab, daß die Beklagte mit dem in den Worten der zweiten Beweisalternative unter 2^{b} des stadtgerichtlichen Bescheides „und über ihre Vermögensverhältnisse unterrichtet gewesen" ihr auferlegten Beweise zu verschonen sei.

110. Statutencollision. Abschluß der Ehe im Auslande, um die im Inlande geltenden Gesetze zu umgehen.

Die Regel, nach welcher die formelle Gültigkeit der Verträge sich nach den Gesetzen des Orts ihrer Eingehung bestimmt, wird zwar nicht ohne Grund dahin beschränkt, daß es dem Contrahenten unbenommen bleibt, sich hinsichtlich der Form anderen Gesetzen, als denen des Eingehungsorts, namentlich den Gesetzen ihres Wohnorts oder des Orts zu unterwerfen, an welchem der Vertrag zur Vollziehung kommen soll.

Eichhorn deutsches Privatr. § 37

Wächter im Civ.-Arch. Bd. 25 p. 405.

Von dieser Beschränkung, selbst wenn es thunlich wäre, dieselbe auf die Form der Trauung anzuwenden, kann indessen jedenfalls dann nicht die Rede sein, wenn zur Eingehung des Ehevertrags ein anderer als der Wohn- oder Vollzugsort gerade deßhalb von den Interessenten gewählt wird, um sich der Beobachtung der am letzteren geltenden Gesetze zu entziehen. Konnten die Streittheile nach der Verordnung vom 24. December 1772 in Frankfurt nicht eher getraut werden, bis der Beklagten als einer Fremden vom Senat der Aufenthalt gestattet und dem Kläger nach art. 4 des Gesetzes vom 26. Februar 1834 die Eingehung der Ehe bewilligt war, und haben sich dieselben, nach der eigenen Angabe der Beklagten, weil die Trauung in Frankfurt in der Kürze nicht statthaben konnte, an einen anderen Ort begeben, an welchem angeblich keine bürgerlichen Formalitäten zu beachten waren, so darf der Beklagten zur Rechtfertigung der formellen Gültigkeit ihrer Ehe mit dem Kläger nicht gestattet werden, sich darauf zu berufen, daß die Frankfurter Gesetze eine nach jüdischem

Ritus eingegangene Ehe als eine formell gültige anerkennen. Vielmehr besteht zwischen den Streittheilen eine formell gültige Ehe nur unter der Voraussetzung, daß sie nach Vorschrift der Gesetze in Odernheim eingegangen ist.

111. Beweislast in Betreff der formellen Gültigkeit der Ehe.

Zwar würde die Beklagte an sich den Beweis der formellen Gültigkeit der Ehe nicht zu führen haben; der Kläger, der die Ehe wegen formeller Ungültigkeit derselben als nichtig erklärt haben will, hätte den Beweis dieser letzteren als des Grundes seiner Klage zu übernehmen.

L. 5 § 1 D. de probat. (22, 3)

Allein es bedarf dieses Beweises nicht mehr, da nach den Bestimmungen des Code civil als Bedingung der formellen Gültigkeit der Ehe ganz allgemein und ohne Unterschied der Religion ihre Abschließung vor dem zuständigen Civilstandsbeamten vorgeschrieben ist, die Herrschaft dieses Gesetzbuches aber in Rheinhessen, in welchem Odernheim liegt, auf Notorietät beruht und die Nichtbeobachtung jener Vorschrift von der Beklagten eingeräumt, auch durch das von dem Kläger vorgelegte Zeugniß des Bürgermeisters zu Odernheim bestätigt ist. Hiernach muß es der Beklagten obliegen, eine für Odernheim stattgehabte Abänderung der betreffenden Bestimmungen des Code civil, insonderheit eine Unanwendbarkeit derselben für Juden und Ausländer zu erweisen.

112. Wesentlicher Irrthum als Ehehinderniß.

Die Beklagte war aber auch nicht durch den dem Kläger auferlegten Beweis, durch sie in Folge der Vorspiegelung des Besitzes von fl. — zum Eheabschluß verleitet zu sein, für beschwert zu erachten.

Das canonische Recht anerkennt die Nichtigkeit der durch Zwang veranlaßten Ehe

cap. 15. 28 X. de spons. et matr. (4, 1)

cap. 2 X. de eo, qui duxit in matr. (4, 7)

und, obschon keine gleiche gesetzliche Bestimmung hinsichtlich des Betruges besteht, so hat doch der Fall, wo ein Irrthum durch

Betrug herbeigeführt wird, unverkennbare Aehnlichkeit mit dem des Zwangs

Savigny System Bd. 3. p. 115

und es ist deßhalb unbedenklich anzunehmen, daß der wesentliche Betrug die Nichtigkeit der Ehe zur Folge habe. Zu einem wesentlichen Betruge gehört aber nicht, daß der durch ihn erzeugte Irrthum sich auf die Person und ihre auf das Physische der Ehe bezüglichen Qualitäten bezogen. Soweit aller Betrug einen Irrthum erzeugt, kann von dem Betruge als selbstständigem Ehehindernisse nur insoweit die Rede sein, als er einen Irrthum erzeugt, der für sich kein Ehehinderniß ist. Denn bei einem Irrthume, der als Ehehinderniß gilt, ist es ganz gleichgültig, ob er durch Betrug oder zufällig entstanden. Wenn daher die Beklagte einen Hauptbetrug nur insofern als vorhanden annimmt, als die Täuschung sich auf die Person selbst und ihre das Physische der Ehe betreffenden Eigenschaften, welche an sich schon trennende Ehehindernisse sind, bezogen, so hebt sie damit den Betrug als ein selbstständiges Ehehinderniß auf. Auch sprechen die von ihr angezogenen Stellen es nicht aus, daß der Betrug nur, wenn er sich auf wesentliche Eigenschaften der Person und diese selbst beziehe, die Nichtigkeit der Ehe begründe. Allerdings muß die Täuschung sich auf Umstände beziehen, denen vernünftiger Weise ein Einfluß auf die Entschließung zur Eingehung der Ehe zugeschrieben werden kann. Wenn die Beklagte hätte voraussetzen dürfen, daß der Kläger sie ohne die ihm versprochenen fl. — ehelichen werde, so könnte von einem wesentlichen Betruge nicht die Rede sein. Allein nach allen hier in Betracht kommenden Verhältnissen konnte die Beklagte sich nicht verhehlen, daß ihre Vermögensverhältnisse für den mittellosen, auf Begründung eines Etablissements bedachten Kläger von Einfluß auf den Entschluß einer mit ihr einzugehenden Ehe seien.

Dagegen bedarf es allerdings nicht noch eines Beweises von Seiten der Beklagten, daß dem Kläger, nachdem er zu ihr zurückgekehrt, über ihre Vermögensverhältnisse unterrichtet gewesen. Nach der Klage ist zwar das Motiv zweifelhaft, welches den Kläger bewogen, sich alsbald nach der Trauung zu entfernen, ob der Umstand, daß ihm statt fl. — nur fl. — von der Beklagten offerirt

oder daß er 2c. Nach dem Inhalt der Replik, insonderheit nach der darin enthaltenen Erklärung des Klägers, daß er zur Eingehung der Ehe durch Vorspiegelung eines Vermögens von fl. — verleitet sei und nach erhaltener Kenntniß des wahren Sachverhalts seine Vaterstadt auf weitere drei Jahre verlassen, ist es aber nicht zweifelhaft, daß der Kläger die Täuschung nach der Trauung entdeckt und daß es daher, wenn die Beklagte beweist, Kläger sei hiernächst zu ihr zurückgekehrt, nicht nebenher noch eines Beweises bedarf, daß er zur Zeit seiner Rückkehr von den Vermögensverhältnissen der Beklagten unterrichtet gewesen. In dieser Hinsicht mußte daher dem Antrage der Beklagten willfahrt werden.

113. Der Ehemann braucht seiner Ehefrau einen Kostenvorschuß in einem Ehestreit nur bei dem Dasein einer formell gültigen Ehe zu leisten.

Was den, den Kostenvorschuß betreffenden Antrag der Beklagten betrifft, so hebt zwar die Anfechtung einer formell gültigen Ehe die der Ehefrau gegenüber begründeten Pflichten des Ehemannes nicht auf;

cap. 3 X. de divortiis (4, 19)

er kann sich derselben nur insoweit entziehen, als in ihrer Erfüllung eine Anerkennung der Ehe enthalten wäre. Allein das Dasein einer formell gültigen Ehe ist bestritten und nach Lage der Sache keineswegs, wie gleichwohl zur Gewährung des Antrags erforderlich wäre, schon als bewiesen anzusehen. Ebensowenig befindet sich die Beklagte in dem Besitze der ehelichen Rechte und daher ist jener Antrag mit Recht zurückgewiesen.

IL.

Wilhelmine Meusch aus Nassau, Klägerin
contra
Andreas Bernhard E. dahier, Beklagten.

Beklagter hatte sich in einem gerichtlichen Vergleiche anheischig gemacht, pro defloratione und Kindbettkosten fl. —, an Alimentationsbeiträgen fl. — rc. der Klägerin zu zahlen, sowie die Proceß- und sonstigen Kosten zu entrichten. Klägerin verlangte nun unter diesem Begriffe „sonstiger Kosten" die Kosten des Unterhaltes vier Monate vor ihrer Niederkunft und Reisekosten. Das Stadtgericht wies am 16. September 1846 die Klägerin mit diesen Ansprüchen ab. Auf Appellation der Klägerin wurde unter Verurtheilung derselben in die Kosten dies Erkenntniß bestätigt vom
Appellationsgerichte am 11. November 1846,
Oberappellationsgerichte am 20. Mai 1847.

114. Die Möglichkeit der Beweiserbringung erheischt ein Beweisinterlocut. Summarische Untersuchung einer Armensache, daß sie eine gute Sache sei.

In dem von der Klägerin mit dem Beklagten abgeschlossenen Vergleiche ist ausdrücklich bestimmt, daß Jene gegen diesen keinen Anspruch, außer den in dem Vergleiche genannten, erheben dürfe. Selbst Ansprüche, welche den gesetzlichen Verpflichtungen eines Schwängerers entsprechen, kann daher die Klägerin nur dann gegen den Beklagten erheben, wenn dieselben in dem Vergleiche genannt sind. Zu diesen gesetzlichen Verpflichtungen dürfte auch, wie die Klägerin in dieser Instanz selbst einräumt, die des Ersatzes von Auslagen zum Unterhalte der Geschwängerten während der Zeit, wo sie durch ihre Schwangerschaft an ihrem Broderwerbe gehindert ist, nicht gerechnet werden, und ließe sich auch eine gesetzliche Verpflichtung des Schwängerers zum Ersatze dessen begrün-

den, was die Geschwängerte (in Folge ihrer Schwangerschaft) zu verdienen verhindert wird, so ist doch der einer solchen Verpflichtung entsprechende Anspruch in dem Vergleiche nicht genannt. Auch kann derselbe unter den sonstigen Kosten, zu deren Ersatze sich Beklagter der Klägerin verpflichtet, nicht begriffen sein, weil der gebrauchte Ausdruck „Kosten" nur stattgehabte Auslagen, nicht aber entbehrten Gewinn bezeichnet. Ganz entscheidend in dieser Hinsicht ist aber der Umstand, daß der die Verpflichtung des Beklagten unbestimmt erweiternde Ausdruck „sonstige" nicht den in dem Vergleiche genannten, durch die Schwängerung begründeten Verpflichtungen angehängt, sondern mit den von dem Beklagten zu erstattenden Proceßkosten in Verbindung gesetzt ist. Sonstige Kosten in dieser Verbindung können aber nur solche sein, die dem Grunde nach, aus welchem die Proceßkosten geschuldet werden, mit letzteren in irgend einer Verwandtschaft stehen und an einer solchen Verwandtschaft fehlt es sowohl den Auslagen, dem Unterhalte der Klägerin, als dem von ihr entbehrten Verdienste gänzlich.

Eine Verwandtschaft der von der Klägerin ebenfalls in Anspruch genommenen Kosten für Reisen mit den Proceßkosten läßt sich freilich nicht verkennen, insofern die Reisen von ihr nach der Verweigerung ihres Rechtes durch den Beklagten unter Verhältnissen unternommen sind, welche die persönliche Gegenwart an den Reisezielen zu dem Zwecke erforderten, sich den rechtzeitigen Gebrauch von Beweismitteln für eine in dem einzuleitenden Processe erhebliche Thatsache zu sichern. Indessen ist es einestheils zweifelhaft, ob die Streittheile bei Eingehung des Vergleichs bei der Ungewöhnlichkeit des Ersatzes solcher Reisekosten letztere vor Augen gehabt und mit dem Ausdrucke „sonstige Kosten" haben bezeichnen wollen, anderentheils fehlt es an der Angabe aller der factischen Voraussetzungen, unter welchen die Reisen der Klägerin als zur gerichtlichen Verfolgung ihres Rechts nothwendige und durch den Beklagten widerrechtlich veranlaßten angesehen werden könnten. Allerdings würde dieser letzte Mangel nicht zu einer definitiven Aberkennung des Anspruchs der Klägerin, wenn er rechtlich begründet wäre, führen können, es müßte ihr durch Abweisung ihres Anspruchs, wie er angebracht worden, oder durch Eröffnung eines

Beweisverfahrens nachgelassen bleiben, jene factischen Voraussetzungen noch darzulegen und zu beweisen. Allein eine Abänderung des angefochtenen Erkenntnisses in diesem Sinne konnte, zumal der rechtliche Grund des Anspruchs selbst zweifelhaft erscheint, durch Eröffnung der Appellationsprocesse nicht vorbereitet werden, weil eine solche Abänderung für die Klägerin ohne allen Vortheil auch in der Hinsicht sein würde, als es jedenfalls bei der Verurtheilung in die Kosten erster Instanz verbleiben müßte. Denn wie es schon sehr unwahrscheinlich ist, daß die Klägerin sich auf ein Sachverhältniß sollte berufen können, welches neben der Begründung der Nothwendigkeit persönlicher Gegenwart an den Reiseorten zur Sicherung des rechtzeitigen Gebrauchs von Beweismitteln, zugleich alles sonst zur Begründung des Anspruchs Erforderliche enthielte, so kann vernünftiger Weise noch viel weniger daran gedacht werden, daß die Klägerin sich in dem Stande befinde, ein solches Sachverhältniß zu beweisen. Freilich würde im Allgemeinen schon auf die allerdings verbleibende Möglichkeit der Beweiserbringung hin eine rechtlich begründete Abänderung des angefochtenen Erkenntnisses eintreten müssen; aber in dem vorliegenden Falle mußte die Geringfügigkeit des mit den Kosten einer weiteren Rechtsverfolgung außer allem Verhältniß stehenden Streitgegenstandes und der Umstand davon abhalten, daß die Klägerin arm und außer Stande ist, im Falle des Unterliegens dem Beklagten die durch die Verfolgung eines rechtlich zweifelhaften und hinsichtlich der Beweisführung voraussichtlich erfolglosen Anspruchs verursachten Kosten zu ersetzen. Denn nach reichsgesetzlicher Vorschrift soll der Gegner einer armen Parthei zu einem weiteren Verfahren mit dieser nicht eher veranlaßt werden, als bis eine summarische Untersuchung ergeben, daß jene eine gute Sache habe,

K. G. O. v. 1555 Th. I. tit. 41 § 2

Deput. Absch. v. 1600 § 8 — 10

und für eine gute Sache kann ein Anspruch der oben bezeichneten Art nicht gehalten werden.

L.

G. Reutlinger dahier, Kläger
contra
D. Raunheim dahier, Beklagten.

Das Oberappellationsgericht ertheilte am 27. Mai 1847 dem Beklagten Restitution wegen der bei Einführung der Oberappellation desert gewordenen Nothfrist.

LI.

August Christ. Carl Gustav von Ferber dahier, Imploranten
contra
Johann Georg Lanz und dessen Ehefrau Anna Elisabeth, geb. Perilliat zu Bornheim, Imploraten.

Am 3. October 1845 steigerte Johann Georg Lanz die in einer Insatzausklage zur Versteigerung ausgesetzte Hofraithe Gew. I. Nr. 186 zu Bornheim und erhielt auch durch Stadtgerichts-Decret vom 6. October 1845 das Einweisungsdecret zugesagt, falls er die Erfüllung der Steigbedingnisse nachgewiesen haben würde. Lanz konnte diese Nachweisung nicht erbringen: es wurde deßhalb durch Stadtgerichts-Decret vom 10. December 1845 eine anderweite Versteigerung der fraglichen Hofraithe auf Gefahr des Lanz verordnet. Diese zweite Versteigerung unterblieb, da Lanz am 11. December 1845 die Erklärung bei dem Landjustizamte abgab, daß er die fragliche Hofraithe nicht für

sich, sondern für Herrn von Ferber ersteigert habe. Der anwesende Herr von Ferber erklärte sich nicht nur nicht hiermit einverstanden, sondern zahlte auch Kapital, Zinsen und Kosten. Da jedoch das Stadtgericht die Einweisung des Herrn von Ferber in die fragliche Hofraithe abschlug, weil Lanz nicht alsbald bei der Versteigerung angegeben habe, daß er als Mandatar handle, erklärte Lanz am 23. Mai 1845 vor dem Landjustizamte, weil das Stadtgericht die Ueberschreibung der Hofraithe auf Herrn von Ferber beanstande, so bäte er um Einweisung seiner selbst. Zugleich erklärte er weiter in seinem und seiner Ehefrau Namen, deren beistimmende Erklärung er noch nachbringen werde, daß er sogleich die Hofraithe um denselben Preis, wie er sie gekauft, an Herrn von Ferber weiter verkauft habe, der auch die Kaufbedingnisse vollständig erfüllt habe. Da nun die Ehefrau des Lanz ihre Beistimmung zu diesem Verkaufe pure versagte, trat Herr von Ferber mit einer Imploration gegen die Lanz'schen Eheleute auf, bat um Anlegung eines Veräußerungsverbots, beantragte ferner, ihn ex clausula generali zu restituiren, weil er nicht darunter leiden könne, daß Lanz nicht alsbald bei der Versteigerung das wahre Sachverhältniß angegeben habe, zumal da die Erklärung vom 23. Mai 1845 nur den Zweck gehabt habe, eine versäumte Formalität zu erfüllen, und beantragte ferner, ihn in die Hofraithe einzuweisen. Das Stadtgericht erließ zwar am 27. Mai 1846 ein Veräußerungsverbot, willfahrte aber nicht dem weiteren Antrage. Auf Appellation des Imploranten wies das Appellationsgericht am 6. Juli denselben in die fragliche Hofraithe ein. Auf Oberappellation der Imploraten bestätigte, unter Compensation der Hälfte der Kosten dritter Instanz und unter Verurtheilung der Imploraten in die andere Hälfte, das Oberappellationsgericht am 25. Juni 1847 das zweitinstanzliche Urtheil, die Imploraten könnten und wollten denn beweisen, daß der Implorant sich gegen sie verpflichtet habe, ihnen den für die fragliche Hofraithe zu zahlenden Steigerungspreis als Darlehn gegen einen an der Hofraithe zu bestellenden Insatz vorzuschießen.

115. Subsidiarität der in int. rest. Rechtskraft des ohne Wissen einer Parthei erlassenen Bescheids, wenn nicht dieselbe, sobald sie Kenntniß davon erhält, dagegen appellirt.

Der in den vorigen Instanzen vom Imploranten gemachte Versuch, vermittelst einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zur Einweisung in die streitige Hofraithe zu gelangen, war allerdings verwerflich und ist auch, nachdem das Appellationsgericht darauf nicht eingegangen, in gegenwärtiger Instanz nicht wieder zur Verhandlung gekommen. Es sind daher die unzureichenden einzelnen Gründe, worauf das Restitutionsgesuch gestützt ist, keiner besonderen Erörterung zu unterziehen und es genügt jedenfalls die Bemerkung, daß die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, auch wenn sie übrigens hinlänglich gerechtfertigt worden wäre, schon um deßwillen nicht zu gewähren sein würde, weil es ihrer zu dem beabsichtigten Zwecke nicht bedarf. Denn sofern der Implorat ohnehin rechtlich verpflichtet ist, dem Imploranten die fragliche Hofraithe zu überlassen, so steht diesem auch von allen dem, wogegen die Restitution theils gesucht ist, theils allenfalls gesucht werden könnte, nichts entgegen.

Jene Verpflichtung des Lanz ist nun nach dem eigenen Geständnisse desselben unleugbar vorhanden, gleichviel ob er, wie von ihm hauptsächlich und zunächst eingeräumt wurde, den Auftrag erhalten hatte, die Hofraithe für von Ferber zu ersteigern, oder ob er dieselbe, nachdem mit dieser Erklärung die von ihm beantragte Einweisung des Imploranten in die Hofraithe nicht zu erreichen war, an von Ferber käuflich überlassen hat. Im ersten Falle würde es einer Restitution so wenig gegen die Versäumung des Lanz in Betreff der rechtzeitigen Anzeige, daß er die Hofraithe in von Ferber's Auftrag ersteigert habe, als gegen das Decret des Stadtgerichts vom 6. October 1845, wodurch dieselbe dem Imploranten zuerkannt wurde, bedürfen, da beides ihn persönlich von seinen Verpflichtungen aus dem Mandat nicht befreien könnte. Im anderen Falle würde ebenfalls Lanz sich nicht entziehen können, den von ihm geschlossenen Kaufcontract zu erfüllen, da nach seinem eigenen Geständnisse von Ferber alle Kaufbedingungen erfüllt hat. Letzterer würde auch durch das

Decret des Stadtgerichts vom 10. December 1845 nicht gehindert sein, den von Lanz vorgenommenen Wiederverkauf gegen ihn selbst geltend zu machen. Denn obgleich dies Decret die anderweite Versteigerung der Hofraithe verfügte, so geschah dies doch nur, weil Lanz den Steigschilling nicht bezahlt hatte, und die Verfügung fiel von selbst hinweg, als diese Zahlung vor der neuen Versteigerung zur allseitigen Zufriedenheit erfolgte.

Am scheinbarsten hätte noch aus dem Decret vom 13. Mai 1846, wodurch der Antrag, von Ferber in die Hofraithe einzuweisen, vom Stadtgerichte ausdrücklich abgewiesen wurde, die Nothwendigkeit einer Restitution abgeleitet werden können. Allein dies Decret ist, wie die Unterschrift ergibt, nur dem Sachführer der Insatzgläubiger, also weder an von Ferber, noch an einen Bevollmächtigten desselben insinuirt worden; und als es durch den Vortrag des Imploraten zum Protocolle des Landjustizamts vom 23. Mai 1846 zur Kenntniß des implorantischen Bevollmächtigten gelangte, trat dieser nicht allein gleich im nämlichen Termin mit einer auf den Mangel der Insinuation gestützten Rechtsverwahrung gegen jenes Decret auf, sondern er reichte auch schon am 27. Mai 1846 das Restitutionsgesuch ein; man kann mithin nicht sagen, daß dem Imploraten die Rechtskraft entgegenstehe oder daß er nicht zeitig genug widersprochen habe und deßhalb an das Decret vom 13. Mai gebunden sei.

L. 3 C. quomodo et quando judex (7, 43)

116. Einrede der Simulation, deren Beweisverstellung. Recht des Ehegatten in Folge erheblicher Ursachen den Verkauf der Immobilien von Seiten des anderen Ehegatten zu hindern.

In der Sache selbst hat nun die gegenwärtige Appellation beider Lanz'schen Eheleute den Zweck, die Einweisung des Imploranten von Ferber in die durch Lanz ersteigerte Hofraithe abzulehnen, wobei sie sich jetzt darauf stützen, daß die frühere Angabe der letzteren, diese Hofraithe für Ersteren ersteigert zu haben, ebenso wie die nachherige über den Wiederverkauf nur simulirt sei, indem vielmehr von Ferber versprochen habe, an Lanz das Geld zum eigenen Ankauf der Hofraithe gegen deren Verpfändung darzuleihen.

Ist diese Behauptung wirklich gegründet, so hat es keinen Zweifel, daß das Verlangen des Imploranten, ihn sofort in die Stelle einzuweisen, nicht stattfinden kann, sondern derselbe nur berechtigt ist, den versprochenen Insatz zu begehren. Daher hat denn der Beweis dieser Behauptung den Imploraten nicht abgeschnitten werden können, indem, so unwahrscheinlich dieselbe auch durch das in den Stadtgerichts-Acten vorkommende Anführen wird, doch diese Unwahrscheinlichkeit allein noch kein hinreichender Grund ist, den Beweis einer so bestimmt behaupteten Thatsache zu verweigern, und überdies hier auch das Interesse der Ehefrau in Betracht kommt, welcher die Geständnisse ihres Ehemannes nicht definitiv präjudiciren dürfen. Dagegen kann aber, so lange dieser Beweis nicht geführt wird, auch der Widerspruch der Ehefrau von keiner Wirkung sein. Denn falls ihr Ehemann diese Hofraithe in von Ferber's Auftrage und für denselben ersteigert hatte, so würde der Fall gar nicht vorliegen, welchen die

Ref. III. tit. 6 § 1. 3 u. 4

voraussetzt, um die Einwilligung der Ehefrau in die Veräußerung eines liegenden Gutes zu erfordern, nämlich daß ein von beiden Eheleuten in stehender Ehe gekauftes oder sonst beiden Eheleuten gemeinschaftliches oder auch nur Einem von ihnen zuständiges liegendes Gut einem Anderen überlassen werden solle.

Wäre aber die spätere Behauptung eines Wiederverkaufes an den Appellaten gegründet, so würde dieser Wiederverkauf allerdings unter jene Vorschriften der Reformation fallen; die Appellantin würde also unter der Voraussetzung, daß sie, — wie die

Ref. a. a. O. § 5

fordert, erhebliche Ursachen hätte, ihre Einwilligung zu verweigern, allerdings damit zu hören sein.

Allein an solchen erheblichen Ursachen würde es ihr unter dieser Voraussetzung gänzlich fehlen. Denn da die Imploraten sonst keine Mittel hatten, den Kaufpreis zu entrichten, und deßhalb sogar schon die anderweite Versteigerung auf Gefahr und Kosten der Eheleute verfügt worden war, so konnten sie ihren ferneren Aufenthalt und ihre Nahrung dort in der bisherigen Weise nicht länger haben und war die käufliche Ueberlassung der Hofraithe an

von Ferber unter den Bedingungen des ersten Ausgebots um so gewisser eine vernünftige und zweckmäßige Maßregel, weil nicht anzunehmen und auch von den Appellanten nicht behauptet ist, daß damals jemand zur Hand gewesen wäre, der sich zu günstigeren Kaufbedingungen verstanden hätte.

Demnach konnte das vorige Urtheil nur unter Vorbehalt des dem Appellanten annoch nachzulassenden, im jetzigen Erkenntniß normirten Beweises bestätigt werden. Bei dieser Normirung war es aber nicht nöthig, neben dem Beweise des versprochenen Darlehns auch noch einen besonderen Beweis darüber vorzuschreiben, daß die früheren Angaben des Ehemannes nur auf einer mit von Ferber verabredeten Simulation beruht hätten; denn da diese mit der jetzigen Behauptung durchaus unverträglich sind, so würde aus dem Beweise eines unter den Partheien verabredeten Darlehns schon von selbst folgen, daß die früheren Angaben nur simulirt gewesen seien.

LII.

Hoftheater-Comité zu Mannheim, Kläger

contra

Phil. Sam. Reger dahier, Beklagten.

Phil. Sal. Reger hatte am 15. März 1843 einen Contract mit dem Hoftheater-Comité zu Mannheim abgeschlossen, in welchem er vom 15. Mai 1844 an auf eine Reihe von Jahren als Schauspieler engagirt wurde, bei Vermeidung, daß, falls er den Vertrag nicht einhalte, er eine Conventionalstrafe von fl. — nach Wechselrecht zu zahlen habe. Das Theater-Comité klagt nun auf Zahlung dieser Conventionalstrafe und verlangt eine cautio judicatum solvi. Beklagter schützt vor, daß ihm eine ausbedungene Reisevergütung nicht praenumerando nach Leipzig eingesandt worden sei, — daß ihm der Geschäftsführer des Theater-Comité

Düringer Versprechungen und Zusicherungen gemacht habe, die sich hinterher als unwahr herausgestellt hätten. Das Stadtgericht verurtheilte am 7. October 1844 den Beklagten

1. zur Leistung einer reformationsmäßigen Sicherheit, daß er sich dem Gerichte zu jeder Zeit stellen und das Geurtheilte befolgen werde, im Betrage von fl. —,

2. bei Vermeidung wechselrechtlicher Vollstreckung die eingeklagte Conventionalstrafe zu zahlen.

Auf Appellation des Beklagten erkannte unter Kostencompensation das Appellationsgericht am 31. Januar 1845, daß pos. 2 der sententia a qua zur Zeit aufzuheben, der Beklagte vielmehr zu beweisen habe, daß Düringer ihm die Zusicherung gegeben habe, daß das neue Regulativ über das Pensionswesen der Mannheimer Theater-Mitglieder, wodurch dem Beklagten das Recht auf Pensionirung nach 10 Jahren garantirt werde, ohne Verzug erscheinen werde, und daß diese Zusicherung Vertragsbedingung gewesen sei.

Auf beiderseitige Oberappellation stellte unter Compensation der Hälfte der Kosten aller drei Instanzen und Verurtheilung des Beklagten in die andere Hälfte das Oberappellationsgericht am 30. Juni 1847 das stadtgerichtliche Erkenntniß wieder her.

117. Ersatz „gewöhnlicher Reisekosten."

Gleichwie in voriger, hat auch in jetziger Instanz Beklagter darüber sich beschwert, daß der Einwand unbeachtet geblieben sei, welchen er wider seine Verpflichtung, das Engagement zur contractsmäßigen Zeit anzutreten und gegen die wegen Contractsbruchs eingeklagte Conventionalstrafe daher entnehmen zu können geglaubt hat, daß ihm die ausbedungene Reisevergütung nicht praenumerando nach Leipzig eingesendet worden sei. Nun aber hat Beklagter weder behauptet, daß ihm solche bei dem zu Leipzig zwischen ihm und Düringer gepflogenen Unterhandlungen auf sein Verlangen versprochen worden sei, noch kann derselbe irgendwie zu seinen Gunsten Inhalt oder Fassung des § 2 des Contracts geltend machen. Denn hierin ist nicht die Zahlung einer bestimmten Summe auf die zu gewärtigenden Umzugskosten, sondern nur

Vergütung der gewöhnlichen Reisekosten zugesichert und, wie ersterer Ausdruck schon an sich und abgesehen von dem unmittelbar nachher gebrauchten Worte „Vorschuß" nur von späterem Ersatze wirklich gehabter Ausgaben, nicht von Vorausbezahlung verstanden werden kann, so war durch das Beiwort „gewöhnliche" deutlich genug ausgesprochen, daß Prüfung und Feststellung der gehabten Reisekosten vorbehalten bleiben, daß Beklagter also diese Entschädigung nicht einmal, gleichwie jenen Gehalts-Vorschuß sofort nach Ankunft in Mannheim und Antritt seines Engagements sollte fordern können. Wäre aber auch Beklagter Pränumeration dieser Reisekosten zu fordern oder zu erwarten berechtigt gewesen, so hätte er doch jedenfalls, da ein bestimmter dies solutionis nicht verabredet war, deren Uebersendung nach Leipzig von dem klägerischen Comité verlangen und solchergestalt letzteres in moram versetzen müssen, um die Verzögerung, resp. Verweigerung des ihm obliegenden Dienstantritts damit zu rechtfertigen, daß das klägerische Comité seinerseits und zuerst die contractsmäßig übernommene Vorleistung nicht erfüllt habe. Ohne solche Interpellation, welche geständlich nicht eingetreten ist, stünde es sogar dahin, ob Beklagter auch nur auf Ersatz des etwa erweislich daraus erlittenen Schadens einen Anspruch gehabt hätte. — — — — Unter diesen Umständen konnte denn auch von Nachlassung eines Beweises über die vom Beklagten behauptete Theater-Usance nicht die Rede sein, da, wenngleich in solchem Maße festgestellt würde, daß er Pränumeration hätte fordern können, immer doch der Mangel der Interpellation dem von ihm beanspruchten Rücktrittsrechte entgegenstehen würde.

118. Exceptio doli gegründet auf allgemeine Redensarten anpreisender Empfehlung. Nähere Substantiirung der exceptio doli.

Wenn sodann Beklagter darüber sich beschwert, daß ihm nicht einmal ein Beweis nachgelassen sei über die Versicherungen und festen Zusagen, welche Düringer ihm bei jenen Verhandlungen

1. über die größere Wohlfeilheit Mannheims im Vergleich zu Leipzig,

2. darüber, daß bei dem Mannheimer Theater für die s. g.

ersten Fächer überall kein höherer Gehalt, als der ihm bewilligte von fl. 1800 gegenwärtig bezahlt werde,

3. in Betreff der Einrichtungen, welche an dieser Bühne bezüglich der Benefice-Vorstellungen und deren Bewilligung als Gehaltszugabe bestünden, ertheilt habe, so hat zwar Beklagter in der Exceptionsschrift sowohl erklärt, daß er gerade dadurch zur Eingehung des Engagements bestimmt worden sei, als auch den Düringer doloser Absicht bezüchtigt. Allein

ad 1. fehlt es abgesehen von dem, was erst in jetziger Instanz ganz beiläufig und auch hier noch in viel zu unbestimmter Weise, als daß darauf Rücksicht genommen werden könnte, hierüber vorgebracht ist, an der bestimmten Behauptung, daß Düringer wider besseres Wissen und absichtlich Mannheim für wohlfeiler, als Leipzig ausgegeben habe. Je relativer nun und unbestimmter der Begriff der Wohlfeilheit ist, jemehr das Urtheil hierüber an sich subjectiver Art bleibt und nach den individuellen Lebensbedürfnissen und Gewohnheiten verschieden ausfallen muß, wird nicht blos kein verständiger Hausvater, ohne sich culposer Sorglosigkeit schuldig zu machen, solchen Angaben größeres Gewicht oder eine andere Bedeutung, als anpreisender Empfehlung beilegen können, derentwegen bekanntlich bei etwaiger Unrichtigkeit Entschädigungs- oder sonstige Ansprüche nicht Platz greifen,

L. 37 D. de dolo malo (4, 3)

L. 19 § 3 D. de aed. ed. (21, 1)

sondern es wird auch weder die Unwahrheit solcher Versicherung sich gehörig constatiren, noch aus der Unrichtigkeit allein schon die Folgerung sich irgend herleiten lassen, daß die Versicherung wider besseres Wissen oder gar, daß sie mit der Absicht einer Täuschung und zu Verleitung des anderen Theils gegeben sei. Soviel dagegen

ad 2 u. 3 die anderen angeblichen Versicherungen Düringer's anbelangt, so betreffen sie zwar specielle Thatsachen von bestimmterem und objectiverem Werthe und hinsichtlich dieser durfte Beklagter allerdings eine genaue Kenntniß auf Seiten Düringer's voraussetzen, wogegen letzterer seinerseits wieder nicht zweifeln konnte, daß Beklagter auf seine deßfallsigen, einen wesentlichen Punct des Contracts, nämlich das Diensteinkommen un-

mittelbar berührenden Forderungen ebenso, wie auf die hierüber ertheilten Zusicherungen besonders Gewicht legen müsse und würde. Hier würde mithin aus der Unrichtigkeit der Thatsachen eine Folgerung auf die wissentliche Unwahrheit der Zusagen und wiederum aus dieser auf die Absicht, den anderen Theil durch solche Täuschung zum Contractsabschlusse zu bestimmen, an sich wohl statthaft sein. Indessen hätte gerade die Natur der hier in Frage stehenden Verhältnisse auch eine specielle und vollständige Substantiirung der opponirten exceptio doli zugelassen und an einer solchen, welche die Gesetze ausdrücklich fordern,

L. 16 D. de dolo malo (4, 3)

fehlt es durchaus. — — — —

119. Exceptio doli. Klage aus einem bestimmt gegebenen dictum promissumve.

Was den Einwand betrifft, welchen Beklagter daher entnommen hat, daß nach der ihm von Düringer ausdrücklich ertheilten Zusicherung das neue Pensions-Reglement, auf welches er wegen seiner Pensions-Ansprüche im § 3 des Contracts verwiesen worden sei, alsbald habe erscheinen sollen und bis zur Zeit seines Engagements-Antritts nicht erschienen gewesen sei, so hat zwar Beklagter

1. auch diesen Umstand für seine Behauptung geltend machen wollen, daß er durch Täuschungen zum Abschlusse des Contracts inducirt worden sei. Indessen ist weder bewiesen, noch irgend anzunehmen, ja sogar vom Beklagten nicht einmal behauptet worden, daß Düringer gewußt habe, es werde das Pensions-Reglement, welches unbestrittener Maßen damals schon zu höherer Genehmigung vorlag, nicht sobald erscheinen. Es fehlt sonach hier an der wesentlichen Voraussetzung jedes wahren dolus, daß wissentlich eine falsche Versicherung gegeben werde, ganz abgesehen davon, daß man selbst unter solcher Voraussetzung zu der Annahme, es habe Beklagter dadurch zum Contractsabschluß nicht bloß inducirt werden sollen, sondern sei auch wirklich dazu bestimmt worden, um so weniger berechtigt wäre, weil Beklagter sich nicht verhehlen durfte, daß Düringer, wie das Comité den Zeitpunct der gewär-

tigten Statuts-Bestätigung weder mit Gewißheit voraussehen, noch ihrerseits herbeiführen konnten, und daß seine eigenen Pensions-Ansprüche noch von ganz anderen und erst viel später sich entscheidenden Umständen, als dem bloßen Erscheinen jenes Statuts bedingt waren.

Wenn nun eben hiernach ein wirklicher dolus augenscheinlich gar nicht vorliegt und daher jede Beweisauflage über diese noch dazu so vage Beschuldigung in keiner Weise zu rechtfertigen wäre, so kann solche

2. auch nicht von dem Gesichtspuncte aus gebilligt werden, daß doch von Düringer ein bestimmtes dictum promissumve gegeben sei, welches sich hinterher als unwahr erwiesen habe. Denn dem Kaufvertrage, auf welchen allein die Bestimmung des ädilitischen Edicts Anwendung findet,

L. 63 D. de aed. ed. (21, 1)

daß aus solchem Grunde schon der Rücktritt vom Vertrage, resp. dessen Wiederaufhebung Platz greifen kann, ist das vorliegende Geschäft auch nicht entfernt zu vergleichen. Ex jure civili dagegen kann, wegen bloßer Unrichtigkeit solcher dicta vel promissa immer nur Ersatz des Interesse gefordert, nicht aber deßhalb die völlige Unverbindlichkeit des Contracts behauptet werden.

Neustetel u. Zimmern römisch-rechtl. Untersuchungen Abh. 9 p. 185. 186. 192. 197. 198. 253

v. Savigny System Th. 3 p. 289

v. Vangerow Leitfaden Th. 3 p. 303

Nur in dem Falle allein, wo das Interesse nicht anders gewährt werden kann, als dadurch, daß der Betheiligte aller übernommenen Verbindlichkeit entledigt werde, kann auch mit der jure civili zuständigen Klage auf Redhibition und Rescission gedrungen werden.

arg. L. 11 § 3 D. de act. emt. vend. (19, 1)

Diese Voraussetzung trifft aber hier nicht zu, wo offensichtlich das Interesse des Beklagten nur darin bestand, daß ihm, unter den durch jenes Reglement vorläufig festgestellten Modalitäten auf dereinstige Pensionirung eine sichere Aussicht eröffnet würde. Dies nun war durch einen neuen deßfallsigen Specialcontract leicht zu

erreichen und dem Beklagten, wenn er es vor, bei oder nach dem Dienstantritte auf Grund jener ihm angeblich ertheilten Versicherungen Düringer's verlangt hätte, würde dies um so weniger versagt worden sein, als das klägerische Comité dem Beklagten nach und trotz erfolgtem Contractsbruche ein Anerbieten der Art gemacht hat.

Solchem nach könnte das einseitige und eigenmächtige Zurücktreten des Beklagten von dem contractlich übernommenen Engagement

3. höchstens dann gerechtfertigt erscheinen, wenn das alsbaldige Erscheinen des neuen Pensions-Statuts eine Contracts-Bedingung im eigentlichen und wahren Sinne des Worts gewesen wäre, indem es bei wirklichen Suspensivbedingungen auf die Erheblichkeit oder sonstige Beschaffenheit des zukünftigen und ungewissen Umstandes, von welchem die Wirksamkeit des Contracts abhängig gemacht wird, überall nicht ankommt, auch erst mit dem Eintritte dieses Umstandes die Zusage völlig bindend wird, bei dessen etwaigen Nichteintritte dagegen der Contract als gar nicht geschlossen zu erachten ist. Nun aber stünde der Behauptung, es sei in solchem Maße das alsbaldige Erscheinen des neuen Pensionsstatuts bedungen und zugesagt worden, einerseits die ganze Sachlage, namentlich der Umstand entgegen, daß auch nach diesem neuen Statute Beklagter keineswegs sofort mit seinem Dienstantritte die Pensions-Fähigkeit, geschweige denn für die contractliche Dienstzeit einen Anspruch auf wirkliche Pensionirung gehabt hatte; andernseits hat Beklagter nicht einmal behauptet, daß die Realisirung jener Zusage Düringers wirkliche Contracts-Bedingung im eigentlichen Sinne des Worts gewesen sei. — — — Nun könnte aus solcher Bedingung im weiteren und uneigentlichen Sinne zwar auf Erfüllung geklagt, keineswegs aber, außer in dem hier nicht zutreffenden Falle doloser Induction, aus der Nichterfüllung ein Grund zum Rücktritte vom Contracte entnommen werden.

120. Cautio judicatum solvi et de judicio sisti.

Die Beschwerde des Beklagten, daß ihm die Bestellung einer **cautio judicatum solvi** und **de judicio sisti** in den früheren Urtheilen

auferlegt worden sei, erledigt sich nunmehr von selbst; denn nunmehr, wo die Zahlungsverbindlichkeit des Beklagten rechtskräftig feststeht und mit Ablauf der gesetzten sechswöchentlichen Frist sofort die Execution Platz greift, kann es besonderer Sicherstellung des klägerischen Comités nicht weiter bedürfen. Ueberflüssig erschien daher auch näheres Eingehen auf die, allerdings nichts weniger als zweifellose Frage, ob einestheils, wie die sententia a qua angenommen hat, in den besonderen Umständen des vorliegenden Falles ein hinlänglicher Grund zu solcher Sicherheitsleistung zu finden sei, ob anderntheils die Bestimmung der Ref. I. tit. 16 § 3 wirklich dahin gehe und verstanden werden könne, daß auf Verlangen des Klägers jederzeit der Beklagte, außer wenn er ingesessen und genugsam begütert ist, zu derartiger Cautionsleistung ebenso verpflichtet sein solle, wie der Beklagte vom Kläger eine solche zu fordern berechtigt ist, oder ob nicht vielmehr dadurch bloß rücksichtlich der Art und Weise, wie die Caution zu beschaffen wäre, nicht in Bezug auf Cautionspflicht eine Gleichstellung beider Partheien habe ausgesprochen werden sollen.

LIII.

Dr. C. A. v. Lersner dahier, Kläger

contra

Baron Otto Elimar Julius von Gallera und dessen Ehefrau, Beklagte.

Im vorliegenden Falle, dessen Geschichtserzählung im Band II. p. 179 zu finden ist, handelt es sich hauptsächlich um die Frage, ob Cessionen von Hypotheken und Restkaufschillinge in die amtlichen Hypothekenbücher eingetragen werden müssen, um den Cessionar zu summarischer Klagstellung zu befugen. Das Stadtgericht wies am 29. Mai 1846 den Kläger angebrachter Maßen ab. Dieses Urtheil, auf Appellation des Klägers vom Appella-

tionsgerichte am 7. August 1856 bestätigt, wurde auf Oberappellation des Klägers vom Oberappellationsgerichte am 30. Juni 1847 aufgehoben und dahin geändert, daß die Activlegitimation des Klägers für in Ordnung zu erklären und nunmehr die Sache zum Erkenntnisse über die weiteren Einreden der Beklagten, soweit dieselben gegen die Fortsetzung der von Rauh erhobenen Restkaufschillingsklage durch den gegenwärtigen Kläger gerichtet sind, unter Aussetzung der Entscheidung über die Kosten erster Instanz und Compensation der Kosten beider Appellationsinstanzen an das Stadtgericht zurückzuweisen sei.

121. Die Cession eines in die Hypothekenbücher eingetragenen Restkaufschillings braucht nicht in die letzteren eingetragen zu werden, um den Cessionar zur Anstellung der summarischen Restkaufschillingsklage zu berechtigen.

Soviel die Appellation des Klägers betrifft, so kommt bei dieser zunächst Alles auf die Frage an, ob nach Frankfurter Recht die summarische Restkaufschillingsklage aus der Cession eines Restkaufschillings, außer der Eintragung dieses Letzteren in die Hypothekenbücher, auch dessen Transscription auf den Cessionar als nothwendige Bedingung voraussetze.

Mußte nun diese Frage, abweichend von den vorigen Richtern, verneint werden, so konnte dies mit Sicherheit nicht anders geschehen, als indem man auf den früheren Frankfurter Rechtszustand zurückging.

Obgleich nämlich auch in Frankfurt von Alters her der Grundsatz galt, daß Eigenthum und andere dingliche Rechte an Immobilien nur durch gerichtliche Aufgift erworben werden,

Reformat. II. 3 § 7

Orth Anmerkungen I. p. 302 i. f.

so brachten doch die hohen Währschaftsgelder es nach und nach dahin, daß man im vorigen Jahrhundert bei Veräußerungen von Immobilien die gerichtlichen Aufgiften und Währschaften in der Regel unterließ und sie nur alsdann vornahm, wenn auf das erkaufte Grundstück ein Insatz aufgenommen werden mußte, und daß man auch den Insatzbestellungen soviel thunlich dadurch aus-

wich, daß beim Verkauf von Immobilien über den rückständigen Theil des Kaufgeldes ein s. g. Restkaufschillingsbrief ausgestellt wurde, indem, wie an anderen Orten, so auch in Frankfurt sich die Ansicht Geltung verschaffte, daß das beim Verkaufe von Liegenschaften stipulirte reservatum dominium auch ohne Aufgift und Währschaft gültig sei.

Carpzov Responser, l. 4 resp. 27 N. 4 sq.
Hert Opuscula. Vol. II. tom. 3 p. 103 § 6
Orth Anmerkungen I. p. 193. 194
Frank geschichtl. Darstellung p. 32. 132. 123.

Daher denn auch das im Jahre 1741 angelegte Restkaufschillingsbuch nur den Zweck hatte, durch Eintragung der Contracte sich gegen die Folgen eines zufälligen Verlustes derselben sicher zu stellen.

Frank a. a. O. p. 133.

Wenn nun sogar beim Verkauf von Gülten die in der Reformation vorgeschriebene Aufgift und Währschaft

Reform. II. 3 § 21

nach und nach außer Gebrauch kam,

Orth a. a. O. p. 593

und auch Cessionen von Insatzbriefen zwar noch in den Insatzbüchern notirt zu werden pflegten, Aufgift und Währschaft aber ebenfalls dabei unterblieb, und daher auch die ohne Beisein des Bürgermeisters vorgenommene Notirung in den Büchern nicht aus dem Gesichtspuncte rechtlicher Nothwendigkeit, sondern nur der größeren Sicherheit wegen geschah,

Orth a. a. O. II. p. 587 u. 588

so konnte um so weniger bei Cessionen von Restkaufschillingen, welche letztere ja selbst nicht inscribirt zu werden brauchten, von der Nothwendigkeit einer Eintragung in das Restkaufschillingsbuch, geschweige denn einer Aufgift und Währschaft die Rede sein,

Orth a. a. O. I. p. 197. 198

wie denn letztere, abweichend von den Insätzen, im Formulare selbst von vorn herein mit auf die Cessionare gestellt wurden.

Frank a. a. O. p. 135.

Dieser frühere Rechtszustand hat nun freilich zunächst schon durch die Verordnung vom 3. Februar 1801

Beyerbach Th. 10 Anhang p. 3045 u. f.

eine Aenderung erlitten, aber doch nur in den beiden Puncten, daß nunmehr

1. bei allen Veräußerungen unbeweglicher und dafür geachteter Güter ohne Unterschied, ob gegen sofortige vollständige Bezahlung oder gegen Bestellung eines Insatzes oder Restkaufschillings verkauft wurde, Aufgift, Währschaft und Inscription geschehen mußte; und

2) daß auch die summarische Restkaufschillingsklage nicht zulässig sein sollte, es seien denn die Restkaufschillingscontracte gehörig inscribirt, und unter Vorbehalt des Eigenthums, Aufgift und Währschaft geleistet.

Dagegen findet sich diese Inscription, wie für die Cession von Insätzen, so auch für die Cession von Restkaufschillingscontracten hier nicht vorgeschrieben, und ist also insoweit der frühere Rechtszustand stillschweigend anerkannt und bestätigt worden.

Und das Gleiche gilt von der, nach Aufhebung der inzwischen eingetretenen fürstlich Primatischen Legislation und nachdem das obengedachte Gesetz von 1801 einstweilen wieder in Kraft getreten war, erlassenen Verordnung vom 16. März 1820.

Ja es ist diese Letztere für die Unnöthigkeit der Inscribirung von Cessionen deßhalb noch beweisender, als jene von 1801, weil nach der Primatischen Proceßordnung art. 778 eine solche Inscribirung allerdings nöthig war,

Regierungsblatt Th. 2 p. 447.

die Verordnung von 1820 aber, obgleich sie sonst Manches aus dieser Prozeßordnung adoptirt, doch jene Bestimmung nicht mit herüber genommen, damit also nicht gebilligt hat. Wenn daher die Beklagten sagen, daß in dieser Verordnung Veränderungen der Insätze und Restkaufschillinge denen des Grundeigenthums ganz gleichgestellt seien, so ist das ebenso falsch, als wenn sie sich in dieser Beziehung auf den § 6 der Verordnung vom 25. März 1825 berufen, indem dieser nur besagt, daß es mit Verpfän-

bungen von Liegenschaften ebenso, wie mit deren Eigenthumsveränderungen zu halten sei.

Die bisher entwickelte Ansicht findet denn auch noch darin eine nicht unerhebliche Unterstützung, daß die Verordnung vom 8. Juli 1817 über die Ausklage der Insätze und Restkaufschillinge hinsichtlich der letzteren für beide, dort namentlich gedachte Fälle, wenn der Verkäufer selbst und wenn dessen Cessionar klagt, neben den übrigen Urkunden nur die Beibringung Eines Auszugs des Hypothekenbuchs über die geschehene Eintragung des Restkaufschillings verlangt, von der nachzuweisenden Eintragung der Cession aber völlig schweigt.

Daher wird denn auch von den Schriftstellern über das geltende Frankfurter Recht die Eintragung der Cessionen zwar als sehr gewöhnlich bezeugt, deren Nothwendigkeit aber entweder stillschweigend

> Frank Uebersicht des Hypothekenwesens § 160 in fin. collat. § 93. 94

oder ausdrücklich in Abrede gestellt.

> v. Adlerflycht p. 1051 u. f.
> Bender Th. I. p. 148.

Die Gründe, welche die Beklagten für die Nothwendigkeit der Eintragung geltend machen, sind denn auch, insoweit sie nicht bereits in dem Bisherigen ihre Widerlegung gefunden haben, durchaus unerheblich. Denn

1) das der neusten Hypotheken-Gesetzgebung zum Grunde liegende Princip der Oeffentlichkeit, auf welches sie sich berufen, führt nur dahin, daß auch Restkaufschillinge inscribirt werden müssen, was im vorliegenden Falle geschehen ist, nicht aber zur Nothwendigkeit auch der Transscription auf den Cessionar, da es für dritte Personen eine völlig gleichgültige Sache ist, in wessen Händen sich der Restkaufschilling befindet;

2) der Grund, auf den so großes Gewicht gelegt wird, daß die Eintragung der Cession in die Hypothekenbücher nur nach vorgängiger Untersuchung über die Gültigkeit der letzteren stattfinde, mithin dadurch allenfallsige Einreden gegen deren Rechtsbestand beseitigt würden, ist völlig unzulänglich.

Denn wenngleich die Eintragung der Cession, falls sie begehrt wird, allerdings eine solche Untersuchung nothwendig macht, so würde es doch nur dann richtig sein, aus dieser Nothwendigkeit die der Eintragung zu folgern, wenn, was nicht der Fall ist, ein Gesetz bestände, daß nur der Hypothekenbeamte die Cessionen von Restkaufschillingen zu prüfen habe. Auch ist nicht abzusehen, warum der Richter dazu nicht mindestens ebensogut im Stande sein sollte.

Auch kann der strenge summarische Proceß, welcher aus einer Restkaufschillings-Verschreibung entspringt und in welchem regelmäßig nur liquide Einreden zulässig sind, die Nothwendigkeit einer Eintragung der Cessionen nicht begründen, indem es bekanntlich Fälle genug gibt, wo die gleiche Strenge in Bezug auf Einreden eintritt, obwohl die Legitimation des Klägers nicht durch eine Eintragung in öffentliche Bücher constatirt ist.

3. Ist nach Frankfurter Rechte erwiesenermaßen die Eintragung der Cessionen nicht erforderlich, so kann es natürlich auf etwaige abweichende Principien fremder Gesetzgebungen und der Schriftsteller, auf welche die Beklagten sich berufen, nicht ankommen. Indessen stehen auch diese ihnen keineswegs durchweg zur Seite. So sagt die Preußische Hypothekenordnung in dem von den Beklagten angezogenen tit. 2 § 199 nur, daß Cessionen gerichtlich eingetragener Forderungen nicht anders ingrossirt werden sollen, als wenn sie gerichtlich geleistet oder doch beglaubigt sind, was gar nicht hierher gehört. Dagegen wird in dieser Hypothekenordnung an einem anderen Orte übereinstimmend mit dem allgemeinen Landrechte bestimmt ausgesprochen, daß es zur Rechtsgültigkeit der Cession einer inscribirten Forderung der Transscription derselben nicht bedürfe,

Hypothekenordnung tit. 2 § 210
Allgemeines Landrecht Th. I. tit. 20

sondern daß dieselbe zur völligen Sicherstellung gegen gewisse Nachtheile nur räthlich sei.

Hypothekenordnung tit. 2 § 213 — 215

Eben dahin geht auch die Bayerische Hypothekenordnung § 22 sub 8, collat. § 25, 26 sub 6.

Und etwas Anderes sagt auch nicht Eichhorn in der von den Beklagten angezogenen Stelle.

Einleitung § 190 sub IV.

122. Muß der Cessionar den Nachweis der Dispositionsfähigkeit seines Cedenten erbringen?

Ebenso wenig war die weitere Beanstandung der, übrigens für richtig anerkannten Cession lediglich aus dem Grunde, weil es an einem Nachweis der Dispositionsfähigkeit des Cedenten fehle, irgend zu beachten. Denn

1. nach allgemeinen Grundsätzen liegt es dem klagenden Cessionar nicht ob, die Dispositionsfähigkeit seines Cedenten nachzuweisen. Und nach der Verordnung vom 8. Juli 1817 art. 26 c. kommt es nur darauf an, daß die vom Kläger vorgelegten Urkunden mit keinen sichtbaren Mängeln behaftet sind. Es war also Sache der Beklagten, mittelst einer Einrede bestimmte Gründe geltend zu machen, weßhalb der Cedent Rauh zu der fraglichen Cession nicht befugt gewesen sei,

L. 5 L. 19 § 2 D. de probationib. (22, 3)

Weber von der Beweisführung II. nte. 1. IV. nte. 18

und zwar um so mehr, als

2. nicht lange vor der Cession erst abseiten desselben der Verkauf des Gutes in Bonames an die Beklagten geschehen, und er dadurch von ihnen, sowie durch die erfolgte gerichtliche Bestätigung vom Landamte, für dispositionsfähig anerkannt worden ist, und

3. die Beklagten in die fragliche Cession selbst ausdrücklich consentirt haben.

Da nun aber die Beklagten solche bestimmte Gründe gar nicht geltend gemacht haben, so kann ihre allgemeine Bestreitung der Dispositionsfähigkeit des Rauh gar nicht berücksichtigt werden, und bedurfte es daher, um die Activlegitimation unter Aufhebung der Erkenntnisse beider voriger Instanzen, für völlig in Ordnung zu erklären, keiner Rücksichtsnahme auf das erst in dieser Instanz beigebrachte, übrigens in formeller wie in materieller Hinsicht völlig beweisende Attest des Obergerichts zu Hanau.

Blume O. A. Ger.-Ordnung § 135 nte. c.

123. Zurückweisung einer Streitsache an die erste Instanz zum Erkenntniß über eine von diesem noch nicht entschiedene Frage.
(cf. Bd. II. Nr. 225.)

Indessen folgt aus der Rechtskraft des Erkenntnisses vom 7. August keineswegs, daß die Beklagten nunmehr mit allen ihren weiteren gegen den Antrag des Klägers vom 7. April v. J. vorgebrachten Einreden nicht mehr zu hören seien. Die Beklagten haben nämlich außer der Einrede der mangelnden Activlegitimation noch eine Menge anderer Einreden vorgeschützt, welche theils gegen ihre Verpflichtung, dem Kläger eine Hypothek in der Art, wie in dem Vertrage vom 28. Februar v. J. stipulirt worden, zu bestellen, theils direct gegen die Fortsetzung der J. A. Rauh'schen Restkaufschillingsklage durch den Kläger gerichtet sind. Das Stadtgericht hat nun über die Einrede der mangelnden Activlegitimation, und zwar auf Abweisung des klägerischen Antrags angebrachter Maßen, über die weiteren Einreden dagegen gar nicht erkannt, dieselben also nicht verworfen. Wenn daher die Beklagten sich beim Appellationsgerichte darüber beschwert haben, daß vom Stadtgerichte nicht zugleich über ihre Einreden gegen den Vertrag vom 28. Februar zum Behuf der demnächstigen Hypothekbestellung mit entschieden, bezüglich daß der Antrag vom 7. April nicht gleich definitiv verworfen worden sei, so läßt sich das darauf ergangene Rejectorium nach dessen Entscheidungsgründen und der ganzen Sachlage nur dahin deuten, daß einmal die gegen die Hypothekbestellung gerichteten Einreden in dieser Restkaufschillingssache als unzuläßig nicht zu berücksichtigen, sodann aber zweitens es bei dem Stadtgerichts-Erkenntnisse, insofern dasselbe sich einer Entscheidung über die weiteren Einreden gegen die Restkaufschillingssache gänzlich enthalten habe, lediglich zu belassen sei.

Stellt sich — — — aber die Einrede der mangelnden Activlegitimation als verwerflich dar, so folgt, daß über die weiteren Einreden der Beklagten, so weit sie gegen die Restkaufschillingsklage direct gerichtet — — — allerdings noch zu erkennen ist.

Nun würde es die Vorschrift der L. 6 C. de appellat. freilich mit sich bringen, daß dieses nach der veränderten Sachlage noth-

wendige Erkenntniß jetzt vom Oberappellationsgerichte selbst abgegeben werde. Indessen leidet es keinen Zweifel und ist auch vom Oberappellationsgerichte schon wiederholt ausgesprochen worden, daß der Appellationsrichter unter Umständen befugt ist, aus besonderen Gründen der Zweckmäßigkeit von jener gesetzlichen Regel abzuweichen und die Sache zum anderweiten Erkenntnisse an den Unterrichter über die von diesem noch nicht entschiedenen Fragen zurückzuweisen, und solche Gründe liegen hier allerdings vor, indem

a. die hohe Wichtigkeit der Sache für die Beklagten es bedenklich erscheinen läßt, in erster und letzter Instanz hier zu erkennen; zumal

b. wenn auch manche der obigen Einwendungen sehr wenig Anschein haben, es doch mit anderen, namentlich der oben unter 6. aufgeführten, wenn auch nicht in der ihr von den Beklagten gegebenen Begründung, eine andere Bewandniß hat, und besonders über diesen Einwand noch zur Zeit nur unvollständig verhandelt ist; endlich

c. der Kläger, welchem allein an schleuniger Entscheidung der Sache gelegen ist, sich sehr entschieden dahin erklärt hat, daß über das Materielle der weiteren Einreden der Beklagten in dieser höchsten Instanz nicht zuerst erkannt werden dürfe, mithin durch die erkannte Remission keinem Theile Grund zu einer Beschwerde gegeben wird.

Uebrigens versteht es sich von selbst, daß durch diese Zurückweisung so wenig wie über den materiellen Gehalt, auch über die formelle Zulässigkeit der mehrgedachten Einreden im Restkaufschillings-Verfahren irgendwie präjudicirt worden ist, indem vielmehr dem Stadtgerichte die Entscheidung darüber nach allen Seiten hin anheimgestellt bleiben muß.

LIV.

Dr. B. J. Römer dahier, Kläger
contra
die Polizeiamts-Feldsection dahier, Beklagte.

Die Polizeiamts-Feldsection, die in der städt'schen Gemarkung die Baubescheide zu ertheilen hat, gab, als Dr. B. J. Römer um die Erlaubniß nachsuchte, eine kleine Stelle seiner Plankenwand erhöhen zu dürfen, in Folge des Widerspruchs des Nachbars folgenden Bescheid: „Da mit einer Einfriedungsmauer, wie durch langjährige Observanz feststeht, der für eine lebendige Hecke oder eine Dielwand durch die Reformation bestimmte Wich eingehalten werden muß und ganz nach Analogie dieser in der Reformation genannten Einfriedigungen zu beurtheilen ist, für eine Hecke aber zugleich die Höhe mit anderthalb Viertel einer Ruthe bestimmt ist und — wiewohl für eine Dielwand keine Höhe in der Reformation angegeben ist — doch nicht angenommen werden kann, daß deßhalb eine solche Dielwand, resp. Mauer nach Belieben erhöht werden könne, sondern bei vorliegendem Widerspruch der Nachbarn wegen Gleichheit des Wichs auch damit die für eine Hecke vorgeschriebene Höhe einzuhalten ist, so kann bei dem geschehenen Widerspruch hochlöblicher Stadtkämmerei für die Mauer-Erhöhung die Genehmigung nicht ertheilt werden."

Dr. Römer trat hierauf mit einer Spolienklage gegen die Polizeiamts-Feldsection wegen irriger Anwendung der betreffenden Gesetze auf. Das Stadtgericht wies am 29. April 1846 den Kläger mit seiner unstatthaften Klage zurück. Auf Appellation des Klägers wurde dies Erkenntniß vom Appellationsgerichte am 19. Juni 1846 mit der Erläuterung bestätigt, daß es dem Kläger unbenommen bleibe, die Rechtsfrage, ob und in welcher Breite in vorliegendem Falle Wich gehalten werden müsse und ob überhaupt eine Wanderhöhung gegen den Nachbar

und unter welchen näheren Bestimmungen zulässig sei, vor den Civilgerichten (in einem Rechtsstreit gegen den Nachbar) zur rechtlichen Entscheidung zu bringen. Auf Oberappellation des Klägers wurde unter dessen Verurtheilung in die Kosten vom Oberappellationsgerichte am 30. Juni 1847 die **sententia a qua** bestätigt.

124. Verfügung einer Verwaltungsbehörde über Privatrechte innerhalb ihrer Competenzbefugnisse. Ist hier eine Klage gegen die verfügende Behörde zulässig? Subsidiarität der Spolienklage.

Die gerichtliche Klage des Appellanten gegen die Polizeiamts-Feldsection wegen des Bescheides vom 12. Februar 1846, wodurch die von ihm nachgesuchte Erlaubniß, die Plankenwand seines in der Frankfurter Gemarkung belegenen Gartens zu erhöhen, verweigert wurde, mußte allerdings als völlig unstatthaft verworfen werden. Die gebachte Section des Polizeiamts ist nämlich diejenige Verwaltungsbehörde, der es seit der Aufhebung des Ackergerichts zusteht und obliegt, innerhalb der Frankfurter Gemarkung die erforderlichen Baubescheide zu ertheilen.

Ges. v. 30. October 1819 § 2 (Gesetzsamml. II. p. 89)

Dies hat auch der Appellant dadurch selbst anerkannt, daß er sein obgedachtes Gesuch an diese Behörde richtete. Dieselbe hat also bei der Ertheilung jenes Bescheides in ihrer Eigenschaft als Verwaltungsbehörde gehandelt. In solchen Fällen ist aber gegen die Verfügungen des Polizeiamts kein gerichtliches Verfahren zulässig, sondern es findet nach der ganz klaren gesetzlichen Vorschrift lediglich ein Recurs **ad Senatum** statt, worauf dann der Senat in der Sache definitiv entscheidet.

Instruction des Jüngeren Bürgermeisteramts vom 22. Juli 1817 § 38 Gesetzsammł. I. p. 210.

Gegen eine so positive gesetzliche Bestimmung kann es gar nicht in Betracht kommen, wenn der Appellant sich auf die allgemeinen Grundsätze berufen will, daß man für jede Beschwerde über ein verletztes Privatrecht Gehör bei den Gerichten finden müsse, weil dann allemal eine Justizsache vorliege, und daß dies ebensowohl gelte, wenn die Beschwerde gegen eine öffentliche Be-

hörde, als wenn sie gegen einen Privatmann gerichtet werde. Es braucht deßhalb nicht einmal bemerkt zu werden, daß namentlich dieser letzte Satz nach den bestehenden deutschen Staatsverfassungen nicht in dem Umfange anerkannt werden kann, welcher von manchen theoretischen Schriftstellern angenommen wird, vielmehr gibt es Fälle genug, worin den Privaten, welche durch diese oder jene Verwaltungsbehörde in ihren Rechten verletzt zu sein glauben, der Recurs an die Gerichte durch Particulargesetze ausdrücklich versagt ist, so z. B. in Frankfurt selbst bei Beschwerden über Entscheidungen in Conscriptionssachen und über zu hohe Steueransätze.

Gesetz von 1828 Gesetzsamml. IV. p. 99

„ von 1832 § 58 das. V. p. 82.

Bei so bestimmten Vorschriften würden die Gerichte ihre Competenz überschreiten, wenn sie dennoch eine Klage über die der Verwaltungsbehörde vorgeworfene Rechtsverletzung annehmen und zur Verhandlung zulassen wollten.

In dem vorliegenden Falle kann davon um so weniger die Rede sein, da dem Appellanten ein anderer Weg offen steht, die streitige Frage über die Zulässigkeit der von ihm beabsichtigten Erhöhung seiner Plankenwand zur gerichtlichen Entscheidung zu bringen, nämlich durch Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens gegen den widersprechenden Nachbar seines Gartens. Und dieser Weg ist offenbar nicht bloß der natürliche, sondern er ist auch für den Appellanten vortheilhafter, als wenn er zu einem Rechtsverfahren gegen die Polizeiamts-Feldsection zugelassen werden könnte. Ersteres folgt daraus, daß der Kläger selbst die Ursache, weßhalb sein Antrag, die Plankenerhöhung zu gestatten, verweigert worden sei, dahin angibt, daß sein Nachbar Widerspruch eingelegt habe; folglich ist dieser und nicht die Polizeiamts-Feldsection die bei der Sache betheiligte Parthei. Hieraus ergibt sich denn auch letzteres, nämlich der größere Vortheil des Klägers, wenn er den widersprechenden Nachbar belangt. Denn wäre auch durch eine Klage gegen die Baubehörde eine dem Appellanten günstige richterliche Entscheidung zu erwirken, so würde doch dadurch der Widerspruch des Nachbars nicht beseitigt werden, sondern darüber noch erst eine weitere Verhandlung mit diesem eintreten können.

Zwar meint der Appellant, daß der Nachbar, wenn er die Klage wider ihn richten wolle, sich darauf gar nicht einlassen, sondern sich hinter den Bescheid der Polizeiamts-Feldsection zurückziehen würde und nicht bloß verlangen, sondern auch bewirken könnte, daß die Klage zur Zeit, d. h. bis dahin, daß dieser Bescheid aufgehoben worden, zurückgewiesen werde. Dies ist aber ein offenbarer Irrthum, denn der contradicirende Nachbar kann es nicht ablehnen, seinen Widerspruch, falls er ihn nicht aufgeben will, vor Gericht zu vertheidigen, sobald er dazu vom jetzigen Kläger, sei es nun durch eine Provocation oder durch eine Negatorienklage aufgefordert wird, und es läßt sich nicht bezweifeln, daß jener polizeiliche Bescheid nach erstrittenem obsieglichem Urtheile gegen den Nachbar zurückgenommen werden wird, da der Bescheid ausdrücklich besagt, daß der Widerspruch des Nachbars, die Ablehnung des Gesuchs wegen Erhöhung der Plankenwand veranlaßt habe.

125. Verfügung einer Verwaltungsbehörde. Einfluß auf die Partheienrollen in dem künftigen Civilprocesse.

— — — War auf den Antrag des Appellanten von der Polizeiamts-Feldsection nothwendig ein Baubescheid abzugeben, so war es unvermeidlich, daß die Partheirollen in dem bevorstehenden Civilprocesse von dessen Inhalte abhängig sein mußten, folglich kann hieraus kein Grund gegen das Verfahren und die Entscheidung dieser Behörden entnommen werden. Uebrigens ist es auch an sich nicht zu mißbilligen, wenn man der Ansicht der Verwaltungsbehörden in Betreff der künftig zur richterlichen Entscheidung kommenden Rechtsfrage wenigstens den Einfluß gestattet, daß derjenige, dem diese Ansicht entgegensteht, als Kläger auftreten muß.

LV.

Moses Zachiel Kirchheim dahier, Liquidant
contra
den Contradictor der Johann Philipp Hoffmann'schen Debitmasse dahier, Liquidaten.

M. Z. Kirchheim liquidirte bei der Hoffmann'schen Debitmasse einen Wechsel, der Mangel-Zahlung protestirt worden und auf des Hoffmann's Indossataren, den Liquidanten, zurückgegangen war. Liquidat opponirte die Einrede, daß Liquidant ihm den Protest behufs des Regresses innerhalb zweier Tage nach Ausfertigung hätte anmelden müssen.

Das Stadtgericht wies am 27. März 1846 den Liquidanten mit diesem Anspruche ab. Auf Appellation des Liquidanten wurde unter Verurtheilung desselben zum Kostenersatze dies Erkenntniß bestätigt vom

Appellationsgerichte am 13. Mai 1846,
Oberappellationsgerichte am 10. Juli 1847.

126. Einfluß des Concurses des unmittelbaren Vormannes auf die Benachrichtigung desselben innerhalb zweier Tage von Seiten des Inhabers eines Mangel-Zahlung protestirten Wechsels.

Verbindet man den art. 28 der Frankfurter Wechselordnung, soweit er die Benachrichtigung des dem Wechselinhaber vorstehenden Giranten von dem Proteste betrifft, mit § 10 des Gesetzes vom 12. November 1844, so gehen diese gesetzlichen Vorschriften mit der größten Bestimmtheit auf's deutlichste dahin, daß alle Proteste zum Behufe des Regresses, wenn der nächste Regreßpflichtige seinen Wohnsitz in Frankfurt hat, spätestens binnen zwei Tage nach der Ausfertigung oder der darüber erhaltenen Notification bei demselben angemeldet werden müssen, falls der Wechselinhaber ihn und alle übrigen Giranten, wie auch den Ausgeber

des Wechselbriefes in obligo behalten will. Da nun in vorliegendem Falle der Liquidant seinen Indossanten J. P. Hoffmann den wegen Nichtbezahlung des fraglichen Wechsels von fl. — gegen den Acceptanten erhobenen Protest, ungeachtet der ihm selbst gehörig geschehenen Notification nicht angezeigt hat, so folgt aus jenen gesetzlichen Bestimmungen von selbst, daß sein Regreßanspruch an Hoffmann als verloren anzusehen ist. — —

Was der Liquidant dagegen einwendet, läuft insgesammt darauf hinaus, daß die Verpflichtung zur Notification des Protestes dann wegfalle, wenn der Vormann, an den sie gerichtet werden müßte, in Concurs gerathen sei, wie dies hier zutreffe, da Hoffmann gerade an dem Tage, als der Protest levirt worden, seine Insolvenz erklärt habe. Die dafür aufgestellten Gründe sind jedoch ganz verwerflich. Es ist nämlich

1. das Hauptargument aus dem art. 31 der Wechselordnung entnommen. Daselbst heißt es: Wenn der Zieher, Acceptant und Indossant insgesammt oder einer von ihnen falliren sollte, hat der Inhaber, wenn gebührend protestirt worden, bei jedem der übrigen, bei welchem er will, seine Bezahlung zu suchen u. s. w. Hieraus folgert der Liquidant, daß in Concursfällen die Levirung des Protestes zur Begründung des Regreßanspruchs genüge, und die sonst erforderliche, rechtzeitige Benachrichtigung des Vormannes von dem erhobenen Proteste nicht nöthig sei, weil dies Gesetz darüber nichts enthalte. Dabei ist dann zu Hülfe genommen, daß § 9 der Erläuterungen und Zusätze vom 12. November 1844 Abs. 2, wo auch vom Concurse die Rede ist, ebenfalls nur des Protestes gedenke und nicht zugleich der Notification desselben. Allein die Vorschrift im art. 31 ist nicht so gefaßt, daß man daraus schließen müßte, es sei für den darin angenommenen Fall dem Wechselinhaber jede andere nach Wechselrecht ihm obliegende Verbindlichkeit mit alleiniger Ausnahme der Protestlevirung erlassen worden, was wenigstens durch das Wort nur (wenn nur gebührend protestirt worden) anzudeuten gewesen wäre. Jene Notification gehört aber auch nach art. 28 der Wechselordnung so wesentlich zum Proteste, daß man denselben nicht, wie art. 31 doch verlangt, als gebührend erhoben ansehen kann, wenn der Vor-

mann davon nicht rechtzeitig in Kenntniß gesetzt ist. Diese Benachrichtigung ist überdies im art. 28 ganz allgemein verordnet worden, mithin war es unnöthig, bei jeder Gelegenheit, wo nachher wieder des Protestes gedacht wurde, auch dieser Notification auf's Neue zu gedenken.

Jene Stelle im § 9 der Erläuterungen und Zusätze endlich spricht eher gegen den Liquidanten, als für ihn. Dort ist nämlich nicht die Rede von dem Concurse des Vormannes, woran der Wechselinhaber seinen Regreß nehmen will, sondern vom Concurse des Wechselacceptanten und, was hier einerlei ist, von dem des Ausstellers eines eigenen Wechsels. Daß nun aber in diesen Fällen die in art. 28 vorgeschriebene Notification des Protestes an den Vormann nicht unterbleiben darf, leuchtet von selbst ein und doch ist in jener Stelle nur der Erhebung des Protestes, nicht aber daneben auch der Notification desselben gedacht worden.

2. Der Liquidant meint ferner, die Anzeige von dem Proteste sei eine ganz überflüssige Formalität bei entstandenem Concurse des Vormannes, da der Güterpfleger doch den Wechsel nicht einlösen, also auch keinen Regreß an die weiteren Vormänner nehmen könne. Dies komme in vorliegendem Falle um so gewisser in Betracht, da der einzige Vormann des Falliten Hoffmann, der Trassant Croy, gleichfalls schon insolvent gewesen sei. Allein es ist eine ganz bekannte Regel des allgemeinen Wechselrechts, daß die Förmlichkeiten, welche zum Behuf des Wechselregresses vorgeschrieben sind, genau beobachtet werden müssen, und daß eine Versäumung derselben, namentlich bei der beabsichtigten Regreßnahme an den Indossanten, nicht damit entschuldigt werden kann, daß die Beobachtung derselben doch nichts würde geholfen haben oder daß aus der Unterlassung kein Schaden entstanden sei. Und dies ist für Frankfurt sogar durch die unterm 4. September 1798 ergangene authentische Erklärung des art. 27 der Wechselordnung ausdrücklich verordnet worden.

Beyerbach Samml. p. 1853

Offic. Ausg. der Wechselordnung (1845) p. 59

Dazu kommt nun, daß die ganze Argumentation des Liquidanten falsch ist. Denn, obgleich eine Concursmasse nicht eher

einen Regreß nehmen kann, als bis sie selbst Zahlung auf den Wechsel geleistet hat, so ist sie doch dabei interessirt, daß der Protest desselben bei ihr angemeldet werde, damit sie wieder dieselbe Anmeldung bei ihrem Vormanne oder dessen Debitmasse machen könne. Dies darf nämlich nicht unterbleiben, weil sie sonst, wenn sie später auf den Wechsel eine Zahlung leistet, den ihr gebührenden Ersatz von den Vormännern des Cridars oder aus deren Concursmassen entbehren müßte.

3. Auch daraus will der Liquidant seine Behauptung, daß beim Concurse des Vormannes die Benachrichtigung desselben vom Proteste unnöthig sei, ableiten, weil der gedachte art. 31 in Concursfällen den Wechselinhaber von der Reihenfolge beim Regreßanspruch entbinde, der Zweck der Benachrichtigung aber eben darin bestehe, diese Reihenfolge zu sichern. Dies ist jedoch wieder durchaus unrichtig, da art. 28 der Wechselordnung der Notification einen viel weiter gehenden Zweck beilegt, nämlich den, daß der Wechselinhaber dadurch seine Vormänner in obligo behalte. Ohnehin ist die Reihenfolge beim Regresse kein Recht des Inhabers, für dessen Aufrechthaltung er zu sorgen hätte, sondern vielmehr eine Beschränkung desselben, welche im Falle des Concurses der Vormänner wegfällt.

4. Ebenso grundlos ist es, wenn der Liquidant behauptet, daß die Notification nur eine Bedingung des strengen Wechselprocesses sei, welcher bei entstandenem Concurse des Vormannes ohnehin wegfalle. Denn auch hier steht ihm jene Vorschrift im art. 28 entgegen, daß der Zweck der Anmeldung des Protestes darin besteht, die Vormänner in obligo zu behalten. Demnach geht durch die Versäumung nicht bloß der Wechselproceß, sondern das Recht des Regresses überhaupt verloren. Völlig entscheidend ist in dieser Beziehung auch die obgedachte Verordnung von 1798, indem darnach der Regreß gegen die Indossanten hinwegfällt, wenn die Vorschriften des Wechselrechts bei der Protestation, also auch diejenigen wegen der Notification des Protestes nicht auf's Genaueste beobachtet sind.

5. Wenn der Liquidant sodann noch daraus einen Vertheidigungsgrund hernehmen will, daß die Ansetzung eines Liquidations-

termins nach ausgebrochenem Concurse jede Anmeldung einer Forderung vor dem Eintritte dieses Termins unzulässig gemacht, folglich auch die Anmeldung des Protestes bei dem Curator vor diesem Termine nicht gestattet habe, so übersieht er dabei, daß hier nicht von dem Zeitpuncte, da eine Forderung an die Concursmasse anzubringen ist, gehandelt wird, sondern daß es bloß auf die Anzeige vom Proteste wegen nicht geleisteter Zahlung abseiten des Acceptanten ankommt, was mit dem Termine, worin die Regreßforderung geltend zu machen ist, nichts zu thun hat.

LVI.

Maria Therese Lampmann zu Niederrad, Klägerin
contra
Wilhelm Lampmann und dessen Ehefrau daselbst, Beklagte.

Es handelt sich um Vergütung geleisteter Dienste: in Folge der geführten Beweisverhandlungen erkannte das Stadtgericht am 27. Juni 1845 theils auf den Erfüllungseid der Klägerin, theils auf den der Klägerin zugeschobenen Schiedseid in Betreff der beklagtischen Einreden, endlich auf den den Beklagten zugeschobenen Eid in Betreff einer replicarischen Behauptung. Auf Appellation der Beklagten erkannte unter Kostencompensation das Appellationsgericht am 10. Oktober 1845, daß der der Klägerin auferlegte Beweis durch den Beweis der Beklagten elidirt erscheine, es somit nur noch auf den über die klägerische Replik zugeschobenen Schiedseid ankomme. Auf Oberappellation der Klägerin und Adhäsion der Beklagten erkannte das Oberappellationsgericht am 21. Juli 1847, daß das stadtgerichtliche Urtheil wieder herzustellen sei, bis auf die Abänderung, daß in Betreff einer Einrede die Beklagten den Ergänzungseid zu schwören hätten. Die Kosten der Instanz werden zu $5/6$ verglichen, in das übrige Sechstel die Klägerin verurtheilt.

LVII.

Siegmund Schwarzadler u. Ehefrau dahier, Kläger contra Adam Späth dahier, Beklagten.

Hirsch Nathan Maas kaufte von Adam Späth die Fleischschirne M. Nr. 146 zu dem Preise von fl. — mit der Bestimmung, daß der Name des wirklichen Käufers erst bei Ausfertigung des Kaufbriefes genannt werden solle. Als aber Adam Späth auf dem Concepte des Kaufbriefes den Namen Siegmund Schwarzadler ersah, weigerte er den Vollzug des Kaufes. Siegmund Schwarzadler klagt nunmehr auf Vollzug, eventuell auf Entschädigung. Beklagter schützt vor, daß Kläger als Israelite zum eigenthümlichen Erwerbe einer christlichen Schirne nicht befähigt sei und daß der Unterhändler Maas ihn, den Beklagten, glauben gemacht habe, er sei von einem christlichen Metzger beauftragt. Das Stadtgericht verurtheilte am 13. März 1843 den Beklagten zum Vollzug des fraglichen Kaufes, eventuell zum Schadensersatz und in die Proceßkosten. Auf Appellation des Beklagten wurde dies Urtheil bestätigt vom

Appellationsgerichte am 1. Mai 1843

und auf Antrag von Actenversendung von Seiten des Klägers vom

Spruchcollegium zu Göttingen am 4. Sept. 1847.

LVIII.

Joseph Jacob Reinach dahier, Kläger

contra

Carl Deuerling zu Johannisthal, im königl. Bayerischen Landgericht Kronach, Beklagten.

J. J. Reinach begründete gegen C. Deuerling den Gerichtsstand des Arrestes wegen einer Forderung von fl. —. Deuerling hatte aber bereits im Jahr 1826 bei dem Patrimonialgericht Schmölz eine Edictalladung seiner sämmtlichen Gläubiger aus dem Grunde beantragt, weil ein auswärtiger Gläubiger sich einer Forderung an ihn berühme, und auch erwirkt, so daß seinen sämmtlichen Gläubigern ewiges Stillschweigen auferlegt wurde. Kläger nahm bei seinem Antrage zugleich Veranlassung die Rechtsbeständigkeit dieser Edictalladung zu bestreiten. Das Stadtgericht erachtete am 17. October 1845 die Forderung für erloschen und willfahrte dem Arrestgesuche nicht. Auf Appellation des Klägers wurde dies Urtheil vom Appellationsgerichte am 29. October 1845 bestätigt, dagegen vom Oberappellationsgerichte am 28. September 1847 wiederum aufgehoben und unter Compensation der Kosten dritter Instanz dahin erkannt, daß der gebetene Arrest auf die dem Beklagten zuerkannte Entschädigungssumme von fl. —, bei deren Deposition beim hochlöbl. Rechneiamte es sein Bewenden behält, anzulegen und die dem Beklagten mitzutheilende Klage nebst Arrestantrag zur weiteren Verhandlung vor dem Stadtgerichte zuzulassen sei.

127. Exceptio rei judicatae. Nichtigkeit einer Edictalcitation. Execution eines fremdrichterlichen Urtheils.

Als Einrede gegen die an sich begründete Arrestanlage kommt nur die in Betracht, daß durch den vom Kläger zugleich producirten Präclusivbescheid des Patrimonialgerichts Schmölz vom

26. October 1826 die nachherige Erlöschung jener Forderung liquide gestellt sei, indem die vorigen Gerichte den Arrest lediglich aus diesem Grunde abgeschlagen haben. — — Hier ist nun der mehrgedachte Präclusivbescheid keineswegs dazu geeignet, daß auf dessen Grundlage der Arrest ohne Weiteres abgeschlagen werden könnte. Denn

1. derselbe muß, wenigstens nach der jetzigen Lage der Acten, als nichtig betrachtet werden, weil die Edictalcitation ohne allen rechtlichen Grund erlassen ist. Daß nämlich dieser Grund nicht eine Ueberschuldung des Beklagten war, hat er selbst — — erklärt; der von ihm jetzt dafür angegebene Grund aber, daß die Cessionare der Forderung des Klägers unbekannt gewesen seien, ist jedenfalls nicht der wahre, da der Kläger in dem vorhergegangenen Provocationsverfahren in seiner Erklärung vom 15. September 1825 — — seine unmittelbaren Cessionare genau angegeben hatte, diese also dem Beklagten bekannt waren und er gar nicht behauptet, nun bei ihnen Schritte gethan zu haben, um zu erfahren, ob sie sich als seine Gläubiger geriren wollten oder ob sie etwa die Forderung weiter, und an wen, cedirt hätten. Vielmehr ist in der Edictalcitation vom 30. Juli 1826 selbst ausdrücklich ausgesprochen, daß dieselbe erlassen werde „aus dem Grunde, weilen sich ein auswärtiger vor Kurzem schon erdreistet, widerrechtlich an ihn — den Beklagten — eine Forderung von mehreren Hundert Gulden zu machen." Das genannte Patrimonialgericht hat also deßhalb, weil ein einzelner bekannter Auswärtiger an den Beklagten eine ungegründete Forderung von einigen Hundert Gulden gemacht hatte, die sämmtlichen Gläubiger des Beklagten edictaliter citirt und alle diejenigen, welche darauf nicht erschienen sind, ihrer Forderungen verlustig erklärt. Daß nun aber ein derartiges Verfahren den in Deutschland geltenden allgemeinen Rechts- und Proceß-Grundsätzen durchaus zuwider und ein völlig nichtiges ist, bedarf keiner Ausführung;

vergl. Martin Civilproc. § 98 und die in nto. b. citirten Schriftsteller

daß aber dasselbe durch ein specielles Bayerisches Gesetz oder Herkommen autorisirt werde, hat der Sachführer der Beklagten selbst

in der anderen Proceßsache nicht einmal behauptet, jetzt aber, wo freilich eine solche allgemeine Behauptung vorkommt, nicht vermocht, dafür irgend ein Gesetz oder einen Schriftsteller oder ein Präjudicat anzuführen. Der Beklagte kann sich auch in dieser Hinsicht nicht auf die allgemeine Präsumtion für die Legalität der Handlungen einer jeden Gerichtsbehörde beruhen, da aus der Abnormität und Exorbitanz jener Maßregel eine überwiegende Gegenpräsumtion entsteht. Ueberdies geht aber auch aus der Schrift von

Niebler über die Edictalcitationen in Gegenständen des Civilrechts,

welche das Bayerische Recht speciell mit zum Gegenstande hat, positiv hervor, daß wenigstens bis 1817 in Bayern ein derartiges Gesetz oder Herkommen nicht existirt hat.

§ 18 — § 29.

Die bei dem Erkenntnisse der vorigen Instanz zum Grunde liegende Ansicht, daß eine Beurtheilung, ob das fragliche Verfahren nach Bayerischen Rechte ein legales oder ein illegales sei, den Frankfurter Gerichten überall nicht zustehe, sondern hierüber nur von den competenten Bayerischen Obergerichten im ordentlichen Instanzenzuge erkannt werden könne, ist ebenfalls nicht für zutreffend zu achten. Denn hier steht nicht eine Iniquität des Präclusivbescheides, sondern eine Nichtigkeit desselben und des ganzen Verfahrens des Patrimonialgerichts Schmölz in Frage, welche unbedenklich als Replik in einem anderen, bei einem auswärtigen Gerichte anhängigen Processe geltend gemacht werden kann.

L. 1 C. de ord. judic. (3, 8)

2. Eventualiter, wenn wirklich ein derartiges Verfahren durch Bayerisches Particularrecht gestattet wäre, würde doch — auch abgesehen von einer speciellen Retorsion — jener Präclusivbescheid von einem Frankfurter Gerichte gegen einen Frankfurter Staatsangehörigen nicht zur Anwendung zu bringen und in Vollzug zu setzen sein, da ein solches Particularrecht den allgemeinen Rechtsgrundsätzen entgegen wäre, ein besonderer Grund aber, weßhalb der Kläger als ein fremder Staatsangehöriger einem derartigen Rechte dennoch unterworfen sein sollte, hier nicht erfindlich ist,

indem kein vor einem Bayerischen Gerichte verhandelter Proceß, an welchem der Kläger als Parthei Theil genommen hätte, und kein in einem solchen Processe gegen ihn ergangenes Erkenntniß, sondern nur ein auf den einseitigen Betrieb des Beklagten stattgefundenes Edictalcitationsverfahren in Frage steht. Selbst der Fall liegt hier nicht vor, auf welchen man doch die Wirksamkeit jenes den allgemeinen Rechtsgrundsätzen so sehr widersprechenden Präclusivbescheides gegen fremde Staatsangehörige in einem bei deren eigenen Landesgerichten anhängigen Processe beschränken müßte, wenn man auch der Kraft der fremden Territorialgewalt die höchste Ausdehnung geben wollte, daß nämlich ein Vermögensstück des Beklagten in Frage stände, welches zur Zeit des Präclusivbescheides der Bayerischen Staatsgewalt unterworfen gewesen wäre; denn das Arrestgesuch des Klägers hat eine Forderung des Beklagten zum Gegenstande, welche dieser erst im Jahr 1855 in Hanau erworben hat.

LIX.

Carl Deuerling zu Johannisthal, Kläger
contra
Joseph Jacob Reinach dahier, Beklagten.

Kläger wurde rechtskräftig zu eidlicher Bestärkung seines durch den Arrest erlittenen Schadens bis auf die Summe von fl. 500 zugelassen. Der Beklagte verzichtete auf diesen Eid und in Folge dessen wurde er vom Stadtgerichte am 17. October 1845 zur Zahlung von fl. 500 nebst Verzugszinsen vom Tage der mitgetheilten Klage an verurtheilt. Auf Appellation des Beklagten wurde dies Urtheil vom Appellationsgericht am 1. December 1845 bestätigt. Beklagter, indem er die Oberappellation interponirte, beantragte weiter, daß, wenigstens provisorisch bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Nr. LVIII. mitgetheilten Arrestprocesses eine Deposition der Entschädigungssumme, resp. Zahlung

nur gegen Caution verfügt werde. Das Appellationsgericht verwarf am 15. December 1845 diesen Antrag. Nachdem nun das Oberappellationsgericht am 3. Januar 1846 provisorisch die Deposition verfügt hatte, erkannte es am 28. September 1847, daß das Erkenntniß des Appellationsgerichts vom 1. December 1845 lediglich zu bestätigen, in Betreff des Erkenntnisses desselben vom 15. e. m. aber die Beschwerde wegen der Deposition für erledigt anzunehmen, die Kosten der vorigen Instanz jedoch zu compensiren seien. Die Hälfte der Kosten dritter Instanz werden compensirt, in die andere Hälfte der Appellant verurtheilt.

128. Proceßzinsen bei Entschädigungsforderungen.

Beklagter beschwert sich, daß er zur Zahlung von 5% Zinsen von der dem Kläger zuerkannten Entschädigungssumme seit der Insinuation der Klage verurtheilt worden ist. Diese Beschwerde ist für ungegründet zu achten. Denn in der Natur der eingeklagten Forderung, daß nämlich die letztere in Schadensersatz für einen erlittenen Arrest besteht, liegt kein rechtlicher Grund für eine Ausnahme von der allgemeinen Regel, daß von der Zeit der Klage Zinsen von der Hauptsumme, worin der Beklagte verurtheilt wird, als Theil der omnis causa zuzuerkennen sind, und bei dieser Art von Zinsen, wobei es nicht auf die Grundsätze der mora ankommt, macht es auch keinen Unterschied, wenn das Quantum der zu zahlenden Hauptsumme erst im Laufe des Processes durch richterliches Erkenntniß festgestellt ist. cf. Entscheidungen in

Fr. S. Kulp c. Wertheimber 1841
Berna c. Schuppert 1843.

129. Proceßzinsen. Officium judicis.

Der Einwand des Beklagten, daß der Anspruch auf jene Zinsen durch das Uebergehen derselben im Beweisinterlocut schon rechtskräftig aberkannt sei, ist verwerflich — — —; denn der Verlust der gesetzlichen Zinsen durch deren Uebergehung im Erkenntnisse beruht lediglich darauf, daß wegen solcher Zinsen keine selbstständige Klage stattfindet, sondern sie nur officio judicis zuge-

sprochen werden, derselbe also nur durch die Uebergehung im Endurtheil eintritt, womit das officium judicis aufhört, hier nun aber das Endurtheil erst dasjenige vom 17. October 1845 ist, worin dem Kläger Zinsen zugesprochen sind.

130. Sicherheitsmaßregeln aus dem Gesichtspuncte eines Provisoriums. (Vergl. Bd. II. Nr. 39. 210.)

Der Antrag des Beklagten, den Entschädigungsbetrag deponiren oder nur gegen Caution an den Kläger auszahlen zu dürfen, bis über den in der anderen Sache nachgesuchten Arrest rechtskräftig entschieden sei, — ist nunmehr durch das sub Nr. LVIII. mitgetheilte Erkenntniß erledigt. — — — Die Beschwerde mußte jedoch wegen der Beschwerden über die Kosten in Erwägung gezogen werden; — — sie mußte aber damals für gegründet erachtet werden. Denn wenn man auch die Frage dahin gestellt sein läßt, inwiefern hier der Grundsatz pendente appellatione nihil innovandum zur Anwendung komme, so konnte doch der Kläger jedenfalls eine einstweilige Deposition des streitigen Geldbetrages aus dem Gesichtspuncte eines Provisoriums verlangen, da ihn die unbeschränkte Auszahlung jenes Geldes an den Kläger, welcher wegen seiner schlechten Vermögensumstände — schon damals zum Armenrechte zugelassen war, mit dem gänzlichen Verluste seiner bescheinigten Forderung, also mit einem unwiderbringlichen Nachtheile bedrohte.

LX.

Isaac Juntz dahier, Kläger

contra

Joh. Anton Löffler dahier, Beklagten.

Das Oberappellationsgericht restituirte am 30. September 1847 den Kläger gegen die Versäumung der Frist zur Einführung seiner wider das Erkenntniß des Appellationsge-

richts vom 3. März 1847 eingewandten Oberappellation. Der klägerische Anwalt wurde in die Kosten des Restitutionsverfahrens, sowie in eine Geldstrafe verurtheilt.

131. Behauptung des Sachwalters, durch seine Schuld eine Frist versäumt zu haben.

Wenn der Appellat der Erklärung des klägerischen Sachwalters allen Werth absprechen will, weil man jene Erklärung als ein Zeugniß zum eigenen Vortheil des Ausstellers anzusehen habe, so ist — — dies verkehrt. Denn indem das Gesetz denjenigen Appellanten, welche durch die Schuld ihrer Sachführer an der gehörigen Beobachtung der Nothfristen verhindert worden, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt, eröffnet es ihnen einen leichteren und sicheren Weg zu ihrem Ziele, als wenn sie solches erst durch eine Entschädigungsklage wider den Sachführer verfolgen müßten. Letzteres würde übrigens ebensowohl als die Restitution nur durch die Behauptung einer Schuld des Sachführers zu begründen sein. Wenn nun dieser selbst seine Verschuldung anerkennt, so ist darin nicht sowohl ein bloßes Zeugniß, als vielmehr ein Bekenntniß zu finden, das wegen der gesetzlich damit verbundenen Folgen zum eigenen Nachtheil des Sachführers gereicht und eben deßhalb um so mehr Glauben verdient, zumal, wenn es, wie in diesem Falle auf beschworne Amtspflichten abgelegt ist. Jene Folgen bestehen nach

§ 160 der Oberappellationsgerichts-Ordnung

darin, daß der schuldige Sachführer nicht allein beiden streitenden Theilen die durch das Restitutionsverfahren verursachten Kosten aus eigenen Mitteln ersetzen, sondern auch eine nach dem Grade der Fahrlässigkeit zu bemessende Geldstrafe erlegen muß.

LXI.

Johann Heinrich Klein dahier, Kläger
contra
die Joh. Justus Luther'sche Debitmasse, Beklagte.

Kläger hatte zu beweisen, „daß er den fraglichen Aepfelwein am 9. December 1843 von Johann Justus Luther unter Abrechnung auf ein Guthaben an denselben von fl. — erkauft habe," wogegen dem Beklagten der Einredebeweis vorbehalten blieb, daß Kläger bei dem Kaufe Kenntniß von der betrüglichen Absicht des Luther gegen seine Gläubiger gehabt. Auf geführten Zeugenbeweis erkannte das Stadtgericht am 27. Juni 1845 auf den Reinigungseid des Beklagten in Bezug auf den Beweis des Klaggrundes und auf den Erfüllungseid des Beklagten in Bezug auf den Einredebeweis.

Auf Appellation des Klägers erkannte das Appellationsgericht am 22. September 1845 auf den Erfüllungseid des Klägers, den Einredebeweis für verfehlt erklärend. Auf Oberappellation der Beklagten erkannte das Oberappellationsgericht am 14. October 1847 unter Compensation der Kosten aller drei Instanzen, daß Kläger außer den ihm auferlegten Erfüllungseid auch noch einen Reinigungseid dahin abzuleisten habe: daß ihm zu der Zeit, als er den fraglichen Aepfelwein von Joh. Justus Luther erkauft, nicht bekannt gewesen sei, daß Luther sich im Zustand der Insolvenz befinde und im Begriff stehe, mit seinen Gläubigern zu accordiren.

132. Richterliches Amt bei Normirung des nothwendigen Eides.

Es bleibt für den Beweis der mala fides des Klägers nichts weiter übrig, als die Vermuthung, welche etwa in dem Geschäfte selbst liegen könnte, daß nemlich der Kläger als Steindeckermeister sechs Stück Aepfelwein für ein Gelddarlehn an Zahlungsstatt an-

genommen hat; daß aber diese nicht genügt, um den Beklagten zu einem Erfüllungseide noch dazu de credulitate zuzulassen, ist von selbst klar. — Demnach war — — — dem Kläger außer dem bereits erkannten Erfüllungseide auch noch die Ableistung des gedachten Reinigungseides aufzulegen, dieser Letztere indessen nicht buchstäblich nach der Fassung des Beweissatzes zu formuliren, welche unbestimmt und hinsichtlich der juristischen Auslegung zweideutig ist, vielmehr, wie dies jedenfalls bei einem nothwendigen Eide dem Richter unbedenklich freisteht, auf diejenige bestimmte Thatsache zu richten, welche das Stadtgericht bei der Nachlassung des fraglichen Einredebeweises nach Inhalt der Entscheidungsgründe im Auge gehabt hat; nämlich darauf, daß dem Kläger — was er auch bestimmt behauptet, bei dem fraglichen Kaufe nicht bekannt gewesen sei, daß Luther sich im Zustande der Insolvenz befinde und im Begriffe stehe, mit seinen Gläubigern zu accordiren.

LXII.

Vom Rath u. Bredt zu Cöln, Kläger

contra

Christian Philipp Limberger dahier, Beklagten.

Auf Klage der Handlung Vom Rath u. Bredt wegen einer Forderung aus fl. — für erhaltene Zuckersendungen, schützte der Beklagte vor:

1. daß er wegen mangelhafter Lieferung der unterm 22. Juli facturirten 4 Fässer Melisbroden einen Abzug von fl. — zu machen berechtigt sei, und

2. daß er die am 18. September 1846 an das von den Klägern bevollmächtigte Banquierhaus B. Metzler seel. Sohn und Conf. für Rechnung der Kläger gezahlte Summe von fl. — wider die eingeklagte Forderung in Abrechnung bringe.

Das Stadtgericht erkannte am 22. Januar 1847:

1. der Beklagte ist schuldig, den Betrag von fl. — nebst Zinsen binnen 4 Wochen an die Kläger zu zahlen;

2. der Beklagte ist schuldig, den ferneren Betrag von fl. — nebst Zinsen und Kosten binnen gleicher Frist zu zahlen, und die entstandenen Proceßkosten zu erstatten, er könnte denn beweisen, daß er bei der am 18. September 1846 für den klagenden Theil an das Banquierhaus B. Metzler seel. Sohn und Consorten geleisteten Zahlung von fl. — die Erklärung abgegeben habe, daß er diese Zahlung auf die in [2] act. verzeichnete Forderung des klagenden Theils geleistet haben wolle. Auf Appellation des Beklagten wurde unter dessen Verurtheilung zum Kostenersatz dies Urtheil bestätigt vom

Appellationsgerichte am 15. März 1847,

Oberappellationsgerichte am 21. October 1847.

Das letztere Gericht nahm den Beklagten und dessen Anwalt wegen Mißbrauchs des Rechtsmittels in eine Geldstrafe.

133. Kauf. Versprechen der Zahlung ohne Angabe etwaiger Mängel der Waare.

(cf. Bd. II. Nr. 79. auch Bd. I. Nr. 139.)

Wenn Jemand über eine in Empfang genommene Waare an den Verkäufer schreibt und Bezahlung derselben verspricht, so muß er nothwendig zugleich die etwaigen Mängel der Sendung zur Sprache bringen und verliert, wenn er dies unterläßt, das Recht, solche Mängel späterhin geltend zu machen. Denn das Schweigen darüber wäre offenbar eine Verletzung der, vorzüglich im Handelsverkehr unerläßlichen bona fides, indem der Absender dadurch verleitet würde, anzunehmen, daß Alles in guter Ordnung sei, mithin auf volle Zahlung zu rechnen.

134. Abrechnung von Zahlungen auf die ältere und fällige Schuld.

Der Beklagte war den Klägern bereits für frühere Zuckersendungen verhaftet. — — War nun diese Forderung richtig, so versteht es sich von selbst, daß die am 18. September 1846 geleistete Zahlung auf dieselbe in Anrechnung gebracht werden mußte,

sofern der Beklagte nicht ausdrücklich das Gegentheil erklärt hatte. Denn es steht gesetzlich fest, daß die ohne besondere Erklärung geschehene Zahlung auf die ältere Schuld und wenn von zwei Forderungen die eine fällig, die andere aber noch nicht fällig ist, auf die bereits fällige angerechnet wird.

L. 3 § 1. L. 5 pr. L. 94 § 3. L. 97. L. 103 D de solut. (46, 3).

LXIII.

Frankfurt=Hanauer=Eisenbahn=Gesellschaft dahier, Klägerin

contra

Georg Philipp Boch et ux. dahier, Beklagte.

Das Stadtgericht verfügte am 14. December 1846, daß Klägerin zur Mitübernahme der in dem Riß unter A. M. E. F. verzeichneten Parcelle für verbunden nicht erachtet werden könne, — daß die Acten an die Gerichtscommission abzugeben seien, woselbst die Streittheile Taxatoren in Vorschlag zu bringen hätten. Die Beklagten appellirten, weil die Mitübernahme jener Parcelle von Seiten der Klägerin abgesprochen worden sei. Klägerin bekämpfte die Zulässigkeit dieser Appellation, da es sich hier von keinem Entäußerungserkenntnisse, sondern von einem Vorbescheide handele, gegen den nach § 10 des Expropriationsgesetzes von 1837 kein Rechtsmittel statthabe. Das Appellationsgericht erkannte am 11. Januar 1847 zwar die Appellation für zulässig, aber die Beschwerde in Betreff obigen Punctes nicht für begründet. Beide Theile interponirten nunmehr Rechtsmittel mit Vorbehalt der Wahl. Die Beklagten führten die Oberappellation aus mit dem Antrag auf Actenversendung. Die Klägerin führte ihre Oberappellation 14 Tage nach Ablauf der Nothfrist (Gesetz vom 31. August 1831) ein, und bat eventuell um Restitution. Das

Oberappellationsgericht erkannte am 8. November 1847, daß dem Antrage der Beklagten, demnächst die Acten zur Abfassung eines Erkenntnisses über die Appellation der Beklagten und über die Materialien der Appellation der Klägerin an ein auswärtiges Spruchcollegium zu versenden, auf ihre alleinige Kosten stattzugeben, deren fernerer Antrag hingegen, dem Letzteren auch die Entscheidung über die Wahrung der Einführungsfrist der Appellation der Klägerin und über das eventuelle Restitutionsgesuch zu überlassen, abzuschlagen, und soviel die letztgedachten Puncte anlangt, die Appellation der Kläger zwar für desert zu erklären, jedoch der Klägerin, insofern noch der Sachführer derselben — — mittelst Handgelöbnisses versichern würde, „daß die Versäumung der Frist zur Einführung der von ihm gegen das Erkenntniß voriger Instanz vom 11. Januar 1847 eingewandten Appellation lediglich dadurch veranlaßt worden, weil er geglaubt habe, dazu in Folge der Verordnung vom 23. August 1831 zehn Wochen Zeit zu haben, seine Vollmachtgeber selbst überall keine Schuld daran tragen," die gebetene Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die fragliche Versäumung zu ertheilen sei, und daß, sodann die Beklagten die Vernehmlassung — — — einzureichen haben. Auch wird für solchen Fall der Sachführer der Klägerin zu der Erstattung der Kosten der Verhandlungen über die Formalien der Appellation der Klägerin und über das Restitutionsgesuch der Letzteren an beide Theile aus eigenen Mitteln und außerdem in eine — — Geldstrafe von — — verurtheilt 2c.

135. Endurtheile im Sinne des art. 12 der deutschen Bundesacte mit Berücksichtigung des Expropriationsgesetzes vom 10. Januar 1837.

In der vorliegenden Sache mußte dem Antrage der Beklagten, ihnen für ihre eigene Appellation die Actenversendung zu gewähren, stattgegeben werden, da das Erkenntniß des Appellationsgerichts vom 11. Januar 1847 insoweit, als dadurch das Decret des Stadtgerichts vom 14. September 1846 dahin bestätigt worden, daß die Klägerin zu der Uebernahme des auf dem Risse [8] act. mit A. M. E. F. bezeichneten Stückes nicht verbunden sei, allerdings für ein Endurtheil im Sinne des art. 12 der deut-

schen Bundesacte und des § 142 der Oberappellationsgerichts-Ordnung zu achten ist.

Dieser Begriff kann nämlich nicht darin gesetzt werden, daß nur dasjenige Erkenntniß ein Endurtheil sei, welches in einem Processe zuletzt abgegeben und womit das Verfahren geschlossen wird, da dies etwas bloß Formelles und Zufälliges und ein Grund für eine solche Beschränkung nicht abzusehen wäre. Vielmehr ist der fragliche Begriff nach dem Inhalte des Erkenntnisses, nämlich so zu bestimmen, daß ein Endurtheil jedes Urtheil ist, wodurch über den eigentlichen Hauptgegenstand des Rechtsstreits definitiv, entweder condemnatorisch oder absolutorisch, und zwar nicht bloß folgeweise, sondern direct erkannt wird. Nach dieser Festsetzung des Begriffes ist dann aber auch in dem Falle, wenn ein Rechtsstreit mehrere Gegenstände hat und in einem Urtheile über einen derselben in dem obigen Maße definitiv erkannt, wegen des anderen hingegen ein weiteres Verfahren angeordnet wird, jener erste Theil des Erkenntnisses ein Endurtheil und also bei einer Appellation gegen diesen Theil des Erkenntnisses die Actenversendung wenigstens insoweit zu gestatten, da kein Rechtsgrund erfindlich ist, weßhalb, wenn ein Theil des Urtheils, für sich allein genommen, vollkommen unter den gedachten Begriff fällt, dennoch dieser Begriff und dessen rechtliche Folgen darum nicht auf denselben angewandt werden sollten, weil eben dieses Erkenntniß noch etwas Anderes enthält. Nun besteht bei dem eigenthümlichen Frankfurter Expropriationsverfahren, sowie solches durch das — für die jetzige Sache noch geltende — Gesetz vom 10. Januar 1837 angeordnet ist, der eigentliche Gegenstand des Rechtsstreits und der richterlichen Entscheidung, wenn man auf das wahre materielle Sachverhältniß sieht, nicht in der Expropriation selbst, da schon vor dem Anfange jenes Verfahrens sowohl die Anwendung des Expropriationsgesetzes auf die in Frage stehende Unternehmung durch ein besonderes Gesetz verfügt ist (§ 2), als auch die abzutretenden Gütertheile durch einen Senatsbeschluß nach einem speciellen Verzeichnisse definitiv bestimmt sind (§ 3 § 14 Nr. 3), sondern in der Festsetzung der dem Grundeigenthümer zu leistenden Entschädigung mit Inbegriff der Werthverminderung der ihm ver-

bleibenden Güterstücke, und in der Bestimmung, welche andere Gütertheile, außer den unter die Expropriation fallenden, der Entäußerer etwa mit zu übernehmen schuldig sei (§ 4 in fin. 7. 8. 11 init. 14 Nr. 1 u. 2). Es ist in der That eine bloße Form, daß der Entäußerer als Kläger auftritt und eine Klage auf die, schon unabänderlich durch Gesetz und Senatsbeschluß ausgesprochene Abtretung gewisser Grundstücke anstellt, der Grundeigenthümer hingegen Beklagter heißt und seine gedachten Ansprüche in seiner Vernehmlassung vorbringt; und diese Letzteren sind keine zufälligen Einreden, wie in einem gewöhnlichen Processe — deren Verwerfung an sich freilich ein Erkenntniß nicht zu einem Endurtheile machen würde —, sondern sie sind der im Gesetze selbst speziell bestimmte Gegenstand des Verfahrens und ihre Feststellung ist der alleinige Zweck der ganzen contradictorischen Verhandlung. Wollte man diese Art des Verfahrens mit einem gewöhnlichen Processe vergleichen, so würde sich der Grundeigenthümer doch immer wie ein Widerkläger verhalten. Hieraus folgt also, daß, wenn im Expropriationsverfahren ein Antrag auf die Mitübernahme gewisser Güterstücke von dem Grundeigenthümer gestellt, von dem Entäußerer aber bestritten, und darauf durch ein Erkenntniß, welchem die Wirkung der Rechtskraft zukommt, verworfen, zugleich jedoch wegen der unter die Expropriation fallenden Güterstücke ein Taxationsverfahren angeordnet wird, jener erste Theil des Erkenntnisses ein Endurtheil und bei einer gegen diesen Theil ergriffenen Appellation der Actenversendung stattzugeben ist. Ob das Decret des Stadtgerichts vom 14. September 1846 nach den besonderen Bestimmungen des Expropriationsgesetzes für ein derartiges Erkenntniß oder vielmehr — nach der vom Oberappellationsgericht in

Fr. S. Reutlinger c. Bauamt=Eis.=Com. 1847. (cf. Nr. 83)

angenommenen Auslegung dieses Gesetzes — für einen keiner Rechtskraft fähigen proceßleitenden Vorbescheid zu achten sei, steht hier nicht in Frage; denn jetzt kommt es nicht auf dieses Decret, sondern auf das Erkenntniß des Appellationsgerichts vom 11. Januar d. J. an, hierin aber ist auf den eigenen Antrag der

Beklagten nach einer contradictorischen Verhandlung erkannt worden, daß die vom Stadtgericht ausgesprochene Verwerfung des Antrags der Beklagten auf Mitübernahme des Stückes A. M. E. F. ein definitives, der Rechtskraft fähiges, im künftigen Entäußerungs-Erkenntnisse nicht wieder abzuändernbes decisum sei, und es ist darin jene Verwerfung in diesem Maße wiederholt, weßhalb es denn keinen Zweifel leidet, daß, wenn es bei diesem Erkenntniß verbleibt, der fragliche Antrag der Beklagten definitiv verworfen sein würde, und sie, wegen der ihnen entgegenstehenden res judicata, künftig die gedachte vom Oberappellationsgerichte angenommene Auslegung des Expropriationsgesetzes nicht geltend machen könnten. Demnach ist die Appellation der Beklagten, insofern sie ihre Hauptbeschwerde darin setzen, daß ihr mehrerwähnter Antrag abgeschlagen und nicht vielmehr die Klägerin schuldig erkannt sei, das Stück A. M. E. F. oder eventualiter das ganze Grundstück Gew. 2 und 45 zu übernehmen, gegen ein Endurtheil und zugleich auf Abfassung eines Endurtheils gerichtet.

Die Nebenbeschwerden der Beklagten, welche theils die Qualität der Taxatoren, theils den Minderwerth der Wachstuchbleiche betreffen, müssen wegen ihrer Connexität mit der Hauptbeschwerde der Letzteren folgen, indem die Entscheidung über die Schuldigkeit der Klägerin zur Mitübernahme des Stückes A. M. E. F. oder auch dieses Stückes und der Wachstuchbleiche von wesentlichem Einflusse auf jene Puncte sein kann; wie es denn überhaupt nicht angemessen sein würde, über dergleichen Nebenpuncte ein besonderes zweites Erkenntniß abzugeben.

136. Connexität der von beiden Partheien ausgeführten Appellationen. Verhältniß der einen zur anderen als Präjudicialsache.

Muß nun aber dem Antrage der Beklagten auf Actenversendung für ihre eigene Appellation stattgegeben werden, so ist dann auch das Erkenntniß über die Materialien der Appellation der Klägerin wegen der Connexität beider Appellationen den auswärtigen Urtheilsverfassern mit zu überlassen; worauf das von den Beklagten in ihrer Erklärung vom 14. Mai d. J. gestellte petitum implicite mitgerichtet ist. Freilich würden die Beklagten nicht berechtigt sein, in Ansehung der

Appellation der Klägerin selbstständig und für sich allein genommen eine Actenversendung zu begehren, da dasjenige Erkenntniß, welches nach dem Antrage der Klägerin abgefaßt werden soll, kein Endurtheil ist, die von der Klägerin verlangte Aufhebung des Erkenntnisses voriger Instanz aber hier nicht in Betracht kommen könnte, weil die darin enthaltene Entscheidung über die Materialien der Sache den Beklagten durchaus ungünstig ist und sie ihrerseits ebenfalls insoweit dessen Aufhebung verlangen. Allein eine Entscheidung über die beiden Appellationen durch zwei verschiedene Richter ist deßhalb unthunlich, weil auf diese Weise völlig widersprechende und unvereinbare Erkenntnisse ergehen könnten, indem die Klägerin ihre Appellation darauf gründet, daß die Appellation der Beklagten gegen das Decret des Stadtgerichts unzulässig gewesen sei und gerade den Zweck hat, zu verhindern, daß in dritter Instanz ein reformatorisches Erkenntniß über die Materialien zum Besten der Beklagten abgegeben werde, die Beklagten hingegen bei ihrer Appellation von der Zulässigkeit jener früheren Appellation ausgehen und ein solches ihnen günstiges reformatorisches Erkenntniß verlangen. Hierbei könnte zwar noch das Bedenken angeregt werden, ob nicht die Appellation der Klägerin deßhalb, weil durch deren Entscheidung vielleicht — wenn nämlich dieselbe dem Antrage der Klägerin entspräche — die Appellation der Beklagten erledigt werden würde, zu der Letzteren in dem Maße in dem Verhältnisse einer Präjudicialsache stehe, daß über die Appellation der Klägerin zuerst allein erkannt werden müsse, und ob daher nicht zuvörderst dieses Erkenntniß vom Oberappellationsgericht abzugeben und die Actenversendung über die Appellation der Beklagten bis für den Fall einer Verwerfung der Appellation der Klägerin auszusetzen sei. Indessen dieses Bedenken — in welcher Hinsicht übrigens auch die Klägerin bei ihrem Widerspruche gegen die Actenversendung keinen eventuellen Antrag gestellt hat — konnte doch nicht für entscheidend erachtet werden. Denn theils verhalten sich zwei gegen dasselbe Erkenntniß wegen desselben Gegenstandes ergriffene Appellationen nicht als zwei verschiedene Sachen, sondern sie sind eine zusammengehörende Sache, und es kann daher in dem Falle einer solchen Connexität nicht von

dem nur für die eine Appellation competenten Richter zuerst über diese allein erkannt, sondern es muß der gegenseitige Einfluß beider Appellationen zusammen von einem Richter beurtheilt werden; theils liegt hier auch keine rechtliche Nothwendigkeit vor, daß über die bei der Appellation der Klägerin vorkommende Frage von der Zulässigkeit der Appellation der Beklagten gegen das Decret des Stadtgerichts zuerst, ehe Entscheidung über die jetzige Appellation der Beklagten möglich wäre, entschieden werden müßte, denn nach der besonderen Sachlage ließe sich auch die Behandlung der beiden Appellationen denken, daß, wenn der Richter jene formelle Frage als sehr zweifelhaft, eine Bestätigung des vorigen Erkenntnisses ex materialibus aber als unzweifelhaft betrachten sollte, er den formellen Punct dahin gestellt sein lassen und sofort auf die Appellation der Beklagten confirmatorisch erkennen könnte, indem, wie schon bemerkt ist, die Klägerin durch ihre Appellation nur die Verhinderung einer reformatoria in der Hauptsache zum Besten der Beklagten bezweckt.

137. Gerichtsgebrauch des Oberappellationsgerichts, die Formalien der Appellation getrennt von den Materialien derselben zu verhandeln.

Dahingegen konnte dem Antrage der Beklagten, die Actenversendung auch auf die Entscheidung über die Frage von der Desertion der Appellation der Klägerin und über das eventuelle Restitutionsgesuch der Letzteren auszudehnen, nicht deferirt, sondern über diese Puncte mußte sogleich vom Oberappellationsgerichte selbst erkannt werden. Denn beim Oberappellationsgerichte besteht der ausgemachte Gerichtsgebrauch, daß in dem Falle, wenn wegen versäumter Fatalien um Restitution gebeten ist, nicht gleichzeitig über die Restitution und eventualiter in der Hauptsache verhandelt, sondern in Folge der Ansicht, daß die Hauptsache erst nach Berichtigung der Fatalien anher devolvirt sei, zuerst der Restitutionspunct durch ein besonderes Verfahren und Erkenntniß erledigt wird; hiernach gehört also das Erkenntniß über die gedachten Puncte zur vorgängigen Instruction der Sache, diese aber und die Entscheidung über alle dabei vorkommenden Incidentpuncte verbleibt ungeachtet des Antrags auf Actenversendung,

welche sich nur auf die Abgebung des Haupterkenntnisses bezieht, dem gewöhnlichen Richter. In diesem Maße hat auch das Oberappellationsgericht schon früher namentlich in

Fr. S. Rieger 1834

erkannt. Der besondere Ausnahmsfall, welcher zu einer Abweichung von dem gedachten Verfahren nöthigen würde, wenn nämlich die Materialien der Restitution und der Hauptsache connex wären, liegt hier durchaus nicht vor.

138. Einführungsfrist der Oberappellation, im Falle beide Partheien Oberappellation und Revision mit Vorbehalt der Wahl interponirt haben.

Soviel nun die Wahrung der Einführungsfrist bei der Appellation der Klägerin betrifft, so mußte diese Appellation, welche, nachdem das vorige Erkenntniß beiden Theilen am 13. Januar d. J. insinuirt und hierauf von den Beklagten die Appellation vorbehältlich der Wahl der Revision, von der Klägerin aber ein Rechtsmittel mit Vorbehalt der Wahl der Appellation oder Revision eingelegt war, erst am 24. März eingeführt ist, allerdings in Gemäßheit des

§ 123 der O. A. G.=Ordnung

für desert erklärt werden, denn die Ausnahme, welche in der

Frankf. Verordnung vom 23. August 1831,*)

*) Wenn eine Parthei — — entweder die Appellation an das gemeinschaftliche Oberappellationsgericht zugleich mit der Revision oder eines dieser Rechtsmittel mit Vorbehalt der Wahl des andern interponirt, so muß sie — — innerhalb 14 Tagen — — die Revision ausdrücklich oder durch Einreichung des Revisionslibells wählen. Unterläßt sie dieses, so wird angenommen, sie habe die Oberappellation gewählt.

Hat nun auch der andere Theil die Revision eingewandt, welche durch die von dem Gegner vorbehaltene Wahl in eine Oberappellation verwandelt werden kann, und tritt demnächst dieser Fall ein, so hat er zwar, wie bei jeder andern Oberappellation den Libell bei dem Oberappellationsgerichte einzureichen, es wird ihm aber zu dem Ende die gesetzliche Einführungs= und Rechtfertigungsfrist von acht Wochen um obige, dem Gegner zur Wahl eingeräumte 14 Tage verlängert.

worauf die Klägerin sich beruft, von dem § 123 durch eine Verlängerung der Einführungsfrist um 14 Tage gemacht ist, tritt nur in dem Falle ein, wenn der eine Theil die Appellation und Revision mit Vorbehalt der Wahl, der andere Theil hingegen nur die Revision, nicht aber in dem Falle, wenn beide Theile Appellation und Revision mit Vorbehalt der Wahl eingelegt haben.

Fr. S. Reus c. Görtz 1837.

Dies folgt:

1. aus den Worten der Verordnung; und zwar

a. schon aus den Worten „Hat nun auch der andere Theil die Revision eingewandt" welche nicht wohl anders verstanden werden können, als „nur die Revision," theils weil hier die Revision als das einzige eingewandte Rechtsmittel genannt ist, es sich also auch ohne den Zusatz „nur" im Zweifel von selbst versteht, daß nicht noch ein anderes Rechtsmittel eingewandt sei, theils weil in dem vorhergehenden Satze der Fall einer electiven Einwendung der Revision und der Appellation speciell vorkommt, derselbe also hier, wenn er mit gemeint wäre, gewiß ebenfalls besonders erwähnt sein würde.

b. Vorzüglich entscheidend aber sind die folgenden Worte „welche durch die von dem Gegner vorbehaltene Wahl in eine Oberappellation verwandelt werden kann;" denn in eine Appellation verwandelt werden kann nur eine schon wirklich gewählte Revision, während bei dem bloßen Vorbehalte, die Revision oder die Appellation zu wählen, nur das Wahlrecht verloren wird.

Das Wort in dem erstgedachten Satze „Hat nun auch der andere Theil," worauf sich die Klägerin noch beruft, ist ganz unerheblich, da sich dasselbe nur auf die Person des anderen Theils „auch der andere Theil," nicht auf eine Gleichheit der vorgenommenen Handlung bezieht.

Sodann folgt jene Beschränkung der Verordnung

2. aus dem muthmaßlichen Grunde des Gesetzes. Diejenige Parthei nämlich, welche in dem Falle, wenn ihr Gegner die Appellation und Revision mit Vorbehalt der Wahl einwandte, ihrerseits nur die Revision eingelegt hat, befindet sich in einer wesentlich

verschiedenen Lage, als d i e Parthei, welche ebenfalls beide Rechtsmittel mit Vorbehalt der Wahl einwandte. Denn

a. bei der erstgedachten Parthei ist es völlig constatirt, daß es ihr Wille war, die Revision zu verfolgen, und daß sie wirklich erst durch den Ablauf der 14tägigen Frist ohne eine von Seiten des Gegners erfolgte Erklärung zur Verfolgung der Appellation genöthigt wurde, während es bei der letzterwähnten Parthei unerweislich ist, ob sie nicht den Willen, die Appellation zu verfolgen, von Anfang an gehabt habe.

b. Die erstgedachte Parthei war, wenn der Gegner sich über die Wahl der Appellation nicht erklärte, vor dem Ablaufe der 14tägigen Frist nicht im Stande, ihrerseits die Appellation zu verfolgen, mußte sich vielmehr bis dahin auf die Verfolgung der Revision schicken, was namentlich in Betreff der Zulässigkeit der nova einen wesentlichen Unterschied macht;

Frankf. Provocat.-Ordnung v. 1788 § 10

O. A. G.-Ordnung § 130

die letzterwähnte Parthei hingegen ist von Anfang an in der Lage, sich beliebig zur Wahl der Appellation zu entschließen, und wenn sie damit zögert, so ist dies nur eine Folge ihrer eigenen Unentschlossenheit.

139. Bescheinigung des Restitutionsgrundes. Strafe der Versäumniß.

Dahingegen kann es keinen Zweifel leiden, daß, wenn die Versäumung der Frist nur dadurch verursacht worden, daß der Sachführer der Klägerin — wie dieser angibt — irrthümlich geglaubt hat, nach der Verordnung vom 23. August 1831 zur Einführung der Appellation 10 Wochen Zeit zu haben, ohne daß dabei seinen Vollmachtgebern ein eigenes Verschulden zur Last fällt, der Klägerin nach Vorschrift des

§ 160 der O. A. G.-Ordnung

die gebetene Restitution nicht versagt werden kann. Daß sich nun die Sache wirklich so verhalte, hat freilich nach allen Umständen die höchste Wahrscheinlichkeit; da es jedoch bis jetzt an einer eigentlichen Bescheinigung hierüber ganz ermangelt, namentlich auch an einer von dem Sachführer auf seine Amtspflichten abgegebenen

deßfallsigen Versicherung, so erschien, wie auch schon früher in ähnlichen Fällen geschehen ist, vorgängig noch die in dem jetzigen Erkenntnisse enthaltene Auflage als angemessen. Dabei mußten denn zugleich den Sachführer für den Fall der zu ertheilenden Restitution die im § 160 vorgeschriebenen Nachtheile treffen, wobei indessen bei der Festsetzung der Summe der Geldstrafe, obgleich hier ein error juris in Frage steht, doch eine billige Rücksicht darauf zu nehmen war, daß hier nicht der Fall der Unkenntniß oder Nichtbeachtung eines Gesetzes, sondern nur der Fall einer unrichtigen Auslegung einer neueren, ihren Worten nach nicht durchaus unzweifelhaften Verordnung vorliegt.

LXIV.

G. L. Worms dahier, Kläger

contra

Joseph Seebach dahier, Beklagten.

Auf Klage wegen Forderung von fl. — machte der Beklagte die Einrede eines angeblichen pactum de non petendo geltend. Kläger producirte dagegen einen Brief des Beklagten, worin, selbst wenn jener Vertrag abgeschlossen worden wäre, Beklagter später ein bestimmtes Zahlungsversprechen geleistet hat. In Folge dessen wurde Beklagter, unter Verurtheilung in die Kosten, zur Zahlung des eingeklagten Betrages für schuldig erkannt vom

Stadtgerichte am 15. März 1847,
Appellationsgerichte am 10. Mai 1847,
Oberappellationsgerichte am 30. November 1847.

Das letztere Gericht verurtheilte den Beklagten und seinen Anwalt wegen Mißbrauchs des Rechtsmittels in eine Geldstrafe.

LXV.

Anna Maria Keller aus Weilbach, Klägerin

contra

Th. G. dahier, Beklagten.

Klägerin hatte zu beweisen, daß der Beklagte innerhalb der gesetzlichen Zeit ihr geschlechtlich beigewohnt habe. Auf geführten Zeugenbeweis der Klägerin erkannte das Stadtgericht am 18. September 1846, daß Klägerin mit ihrer Klage ab- und zur Ruhe zu verweisen sei und dem Beklagten die verursachten Proceßkosten zu ersetzen habe. Auf Appellation der Klägerin wurde unter deren Verurtheilung in die Kosten dieses Urtheil bestätigt vom

Appellationsgerichte am 16. November 1846,
Oberappellationsgerichte am 4. December 1847.

140. Richterlicher Eid in Schwängerungssachen.

Ein durch die Zeugen-Aussagen gegen den Beklagten begründeter Verdacht, in der zu Beweis gestellten Zeit der Klägerin geschlechtlich beigewohnt zu haben, würde zwar ohne Rücksicht auf die Stärke des Verdachts in Abgang anderer Wahrheitserforschungsmittel die Nothwendigkeit eines dem Beklagten aufzuerlegenden Reinigungseides begründen, welcher von dem Dasein einer ansehnlichen Vermuthung gegen den Beklagten keineswegs abhängig erklärt werden kann. Denn nicht einem ansehnlichen Verdachte gegenüber soll der Beklagte nach § 9 der Reform. 1, 39 seine Unschuld betheuern, sondern, wie nach canonischem Rechte schon eine einfache Vermuthung für die Wahrheit des Beweissatzes hinreicht, den Richter zum Gebrauch des Reinigungseides zu bestimmen,

c. 36 X. de jurejur. (2, 24)

so soll auch nach dem angezogenen Paragraph der Reformation der Beklagte zur Ableistung des Reinigungseides nur aufgefordert

werden, damit er sich alles bösen Verdachts und Argwohns ledige. Eine Beschränkung des Richters in dem Gebrauche dieses Eides kann auch aus dem in Schwängerungssachen noch beibehaltenen § 13 der Reform. 1, 39, welcher die Partheien in dem Gebrauche des Schiedseides beschränkt und diesen an die Voraussetzung ansehnlicher oder starker für den Beweissatz sprechender Vermuthungen knüpft, nicht hergeleitet werden, da der in der Besorgung des Mißbrauchs liegende Grund der Beschränkung der Streittheile im Gebrauche des Eides auf das Richteramt keine Anwendung findet.

Allein der Beklagte konnte durch die Aussagen der Zeugen in keiner Weise des ihm vorgeworfenen Umgangs mit der Klägerin für verdächtig gehalten werden.

Bliebe aber des Ausgeführten ungeachtet auch noch ein den Beklagten verdächtigender Schein übrig, so müßte derselbe doch bei der Betrachtung verschwinden, daß eines Theiles die Klägerin hinsichtlich der Wahrhaftigkeit ihrer Angaben gar kein Vertrauen verdient, — — — und daß andern Theils die Verbindung, in welcher die Klägerin mit dem Beklagten gestanden haben will, nach den Vermögens- und sonstigen Verhältnissen der Streittheile sich als innerlich unwahrscheinlich darstellt. — — —

Bei solchergestalt gänzlich verfehltem Beweise konnte so wenig von einem Erfüllungs-, als von einem Reinigungseide die Rede sein. Denn in Ermangelung jeder begründeten Schuldanzeige kann die bloße Möglichkeit der Schuld des Beklagten, welche allerdings durch die Beweisfälligkeit der Klägerin nicht beseitigt wird, den Richter nicht berechtigen, einen Reinigungseid aufzulegen.

c. 36 pr. X. de jurejur. (2, 24)

Reform. I. 39 § 6 u. 10.

LXVI.

Leopold Gumpertz dahier, Kläger u. Widerbeklagter
contra
Veit Mehling von Frickenhausen, Beklagten und Widerkläger.

Beklagter hatte dem Kläger eine ihm an Andreas Cronhard zustehende Forderung überwiesen und versprochen, diese Anweisung einzulösen, wenn die überwiesene Forderung durch den Schuldner Cronhard nicht bezahlt werden sollte. Später ermächtigte der Beklagte den Kläger, mit Cronhard die Sache, so gut er könne, abzumachen. Nachdem nun auch Kläger sich mit Cronhard abgefunden hatte, klagte er auf Bezahlung der Differenz. Der Beklagte schützte unter Anderem vor, daß er nicht in eigenem Namen, sondern im Namen seines Bruders gehandelt habe und deßhalb der unrechte Beklagte sei —, daß ferner Kläger die Forderung bereits in einem Rechtsstreite gegen den Hauptschuldner, den beklagtischen Bruder, anhängig gemacht habe.

Das Stadtgericht verurtheilte den 24. Januar 1846 den Beklagten zur Zahlung des libellirten Betrages unter Verwerfung seiner Einreden und Widerklage. Auf Appellation des Beklagten erkannte unter Kostencompensation:

1. das Appellationsgericht am 30. März 1846, daß dem Beklagten noch der Beweis nachzulassen sei, daß er dem Kläger und Appellaten bei oder vor Ausstellung der Anweisung auf der Rückseite von [2] act. erklärt habe, wie er dieselbe im Namen oder für Rechnung seines Bruders ausstelle;

2. das Oberappellationsgericht am 28. December 1847, daß der Beweis folgender Maßen zu reguliren sei, daß Kläger zur Zeit, als er, Beklagter, ihm den Cronhard'schen Schuldschein an Zahlungsstatt gegeben, vollkommen gewußt habe, daß er,

Beklagter, dabei nur im Namen und für Rechnung seines Bruders handele.

141. Ueberweisung einer Forderung an Zahlungsstatt. Begründung der Klage gegen den Hauptschuldner.

Der erst in voriger Instanz beseitigte Mangel der Begründung der Forderung, welche Kläger gegen die ihm an Zahlungsstatt übertragene Forderung an Cronhard aufgegeben, kann als ein Mangel der Begründung der angestellten Klage nicht bezeichnet werden. So wenig derjenige, welcher gezahlt hat, von dem Zahlungsempfänger verlangen kann, daß dieser die Forderung angebe und begründe, zu deren Tilgung die Zahlung geleistet worden, ebenso wenig kann der Beklagte, welcher die Forderung an Cronhard dem Kläger an Zahlungsstatt gegeben hat, von diesem die Angabe und Darlegung der Forderung verlangen, zu deren Tilgung die Uebertragung jener Forderung an Cronhard stattgefunden. Der Grund der Klage besteht vielmehr lediglich in dem, dem Kläger gegebenen Versprechen des Beklagten, den Betrag der an Zahlungsstatt gegebenen Forderung an Cronhard dem Kläger zu zahlen, dafern Cronhard seiner Schuldverpflichtung nicht nachkommen würde.

142. Contrahirung im Namen und für Rechnung eines Dritten.

Als Hinderniß einer Verurtheilung des Beklagten mußte die Einrede angesehen werden, daß er im Namen und Auftrag seines Bruders mit dem Kläger verhandelt und somit auch das der Klage zum Grunde liegende Versprechen gegeben habe. Es ist ein anerkannter Grundsatz des heutigen Rechts, daß derjenige, welcher ausdrücklich erklärt, im Namen und für Rechnung eines Dritten zu contrahiren, aus dem abgeschlossenen Contracte nicht persönlich verhaftet wird. Insonderheit unterliegt es im Handelsverkehre keinem Zweifel, daß der Procuraträger, welcher als solcher zeichnet, keiner anderen Haftung, als der für die Richtigkeit der Procura unterworfen ist und nach beendigter Geschäftsführung nicht einmal zur Berichtigung der eingegangenen Schuld aus dem Vermögen des Principals angehalten werden kann. Auf diesem Grundsatze

beruht auch die Beweisauflage des angefochtenen Erkenntnisses, welche der Kläger überall nicht, der Beklagte aber nur insoweit angefochten hat, als dieselbe von ihm den Beweis einer bei oder vor Ausstellung der Bescheinigung abgegebenen Erklärung verlangt, daß er jene Urkunde im Namen und für Rechnung seines Bruders ausstelle. Eine dieser Beweisauflage entsprechende Behauptung hat der Beklagte, wie derselbe mit Recht erinnert, nicht aufgestellt; seine Behauptung beschränkt sich vielmehr darauf, daß Kläger zur Zeit der Hingabe des Schuldscheines an Zahlungsstatt vollkommen gewußt, daß Beklagter dabei im Namen und für Rechnung seines Bruders handle. Da aber bei Willenserklärungen regelmäßig auf die Form derselben nichts ankommt, vielmehr nur auf die Thatsache der Willenseinigung, auf die übereinstimmende Absicht der Partheien bei Eingehung eines Rechtsgeschäfts zu sehen ist, so muß auch die bei Ausstellung der Bescheinigung übereinstimmende Ansicht der Streittheile, daß Beklagter nur im Namen und für Rechnung seines Bruders handle, dieselbe Wirkung haben, als wenn Beklagter bei der Unterschrift der Bescheinigung, sich als Stellvertreter seines Bruders schriftlich oder mündlich bezeichnet hätte. — — — Es mußte daher statt des ihm in voriger Instanz auferlegten Beweises dem Beklagten der in dem Urtheile regulirte nachgelassen werden und demselben überlassen bleiben, zur Erbringung des Letzteren sich nicht nur der schon in den Acten liegenden Beweisgründe, sondern auch des von ihm behaupteten Umstandes mitzubedienen, daß seine Eigenschaft als Geschäftsführer seines Bruders allgemein bekannt gewesen, und daß Jeder, der mit ihm Geschäfte gemacht, es so angesehen habe, als contrahire er im Namen und für Rechnung seines Bruders.

143. Intercession. Einrede des anhängigen Rechtsstreites gegen den Hauptschuldner.

Wäre Beklagter indessen außer Stand, den ihm nachgelassenen Beweis zu erbringen, so würde seiner Verurtheilung die Einrede des dolus und des anhängigen Rechtsstreites nicht entgegenstehen. Denn im Falle der Nichterbringung jenes Beweises würde nach der eigenen Darstellung des Beklagten dessen Zahlungsversprechen

als Intercession für eine Schuld seines Bruders aufgefaßt werden müssen und nicht angenommen werden können, daß durch die Ausklagung des Hauptschuldners Beklagter liberirt worden sei, da nach ausdrücklich gesetzlicher Vorschrift

L. 28 C. de fidejuss. (8, 41)

der Intercedent nicht durch den Eintritt der Streitanhängigkeit zwischen Gläubiger und Hauptschuldner, sondern nur durch erfolgende Zahlung befreiet wird. Abgesehen davon, daß — — — die Litispendenz nicht wahrscheinlich erscheint, — wäre daher Beklagter, selbst wenn sich die Sache in der von ihm behaupteten Weise verhielte, nicht berechtigt, sich der für seinen Bruder übernommenen Verpflichtung zu entziehen oder den Kläger, nachdem der Hauptschuldner in Concurs gerathen, an diesen zu verweisen.

Wening-Ingenheim Lehrb. des Civilr. Buch III § 360.

LXVII.

Johann Caspar Schmidt dahier, Kläger
contra
die Bauamts-Eisenbahn-Commission dahier, Beklagte.

Als bei Anlage der Offenbacher Eisenbahn die Bauamts-Eisenbahn-Commission den Leinpfad zu erhöhen anfing, erwirkte Kläger einen Bauarrest auf Grund, daß er seine Grundstücke gar nicht oder doch in sehr erschwerender Weise in Folge der fraglichen Erhöhung bebauen, resp. befahren könne, und bat, die Beklagte zu verurtheilen, den aufgefahrenen Grund wiederum wegzuschaffen, eventuell allen durch die Erhöhung entstehenden Schaden zu ersetzen. In der Sache selbst erkannte das Stadgericht am 24. December 1845, daß Kläger unter Verurtheilung in die Kosten mit der erhobenen Klage ab- und zur Ruhe zu verweisen sei. Auf Appellation des Klägers wurde dies Urtheil vom Appellationsgericht am 13. Februar 1846 bestätigt, dagegen unter Compensation der Kosten zweiter und dritter Instanz vom Oberappellations-

gerichte am 31. December 1847 wiederum aufgehoben und unter Verwerfung der Einreden der Beklagten dahin geändert, daß Kläger zu dem Beweise zuzulassen sei, daß er Eigenthümer der in Frage stehenden Grundstücke sei, — daß diese Grundstücke an den jetzt erhöhten Leinpfad stoßen und Kläger diesen Weg bisher zur Bebauung seiner Grundstücke benutzt habe, — und daß in Folge der jetzt vorgenommenen Erhöhung Kläger auf die Grundstücke Nr. 36. 37 und 41, weil dieselben nach Osten durch den Bahndamm und nach Süden und Westen durch das von Bethmann'sche Gelände eingeschlossen seien, ohne Anlegung von Rampen überall nicht mehr, auf die übrigen Grundstücke aber, weil der Mittelweg höher liege, als der westliche Theil dieser Ländereien, nur auf eine viel beschwerlichere Weise, als bisher, mit Fuhrwerk gelangen könne.

144. Interdictum ne quid in loco publico fiat.

Der Kläger hat die vorliegende Klage in der Klagschrift zunächst darauf gegründet, daß ihm durch die von der Beklagten beabsichtigte Erhöhung des Leinpfades der bisherige Zugang mit Fuhrwerk zu seinen, an diesem Wege liegenden Grundstücken zum Theil ganz entzogen, zum Theil aber wenigstens sehr erschwert werden würde, und hat seinen Klagantrag principaliter dahin gerichtet, die Beklagte zur Unterlassung der gedachten Erhöhung zu verurtheilen; und er beschwert sich jetzt, daß er mit der angestellten Klage abgewiesen und nicht vielmehr auf Beweis erkannt worden sei.

Dieser Beschwerde mußte nun stattgegeben werden, da die Klage in dem obigen Maße, insofern die factischen Behauptungen des Klägers richtig sind, allerdings als ein interdictum ne quid in loco publico facias aus der

L. 2 pr. D. ne quid in loco publ. (43, 8)

für rechtlich begründet zu achten ist.

Das Princip dieses Interdicts besteht nämlich darin, daß auf einem locus publicus — bei welchem keineswegs die Grundsätze eintreten, welche bei dem patrimonium fisci gelten

L. 2 § 4. 5 D. ne quid in loco publ. (43, 8)

keine Anlage gemacht werden soll, durch welche einer Privatperson,

auch wenn ihr kein besonderes durch einen speciellen Titel erworbenes Recht zusteht, ein factischer Schaden und Nachtheil — damnum, incommodum — zugefügt wird, außer wenn eine solche Anlage von Seiten der höchsten Staatsgewalt, und zwar in dem Maße gestattet worden, daß dabei jene Benachtheiligung berücksichtigt und ungeachtet derselben die Ausführung der Anlage dennoch genehmigt ist.

L. 2 pr. § 2. 10. 16 D. tit. cit.

Nun aber sollte hier

1. der Weg, wie die Beklagte selbst angibt, durch Aufbringen von Erde um $7\frac{1}{2}$ Fuß erhöht werden, welche Art von Anlage unstreitig unter jenem Interdicte, das auf jedes facere und immittere geht, mitbegriffen ist.

L. 2 pr. § 5 tit. cit.

2. Die vom Kläger behauptete Art der Benachtheiligung ferner ist bei dem Interdicte speciell genannt;

L. 2 § 12 ibidem

und die Einwendungen des Sachführers der Beklagten, daß der Kläger durch die Erhöhung deßhalb keinen Schaden erleide, weil er ja auf seinen Grundstücken Rampen anlegen oder auch den Dung von dem erhöhten Wege herunterwerfen und die geärndteten Früchte auf denselben hinaufbringen lassen könne, und daß die Erhöhung den Werth seiner Grundstücke für den Fall vermehre, wenn sie künftig zu Bauplätzen oder Gartenanlagen verwandt werden sollten, können nur als frivol bezeichnet werden. Denn bei dem fraglichen Interdicte kommt es nur auf ein damnum quale quale an,

L. 2 § 11 ibidem

hier aber bleibt der Nachtheil für den Kläger, wenn er auf die von der Beklagten verlangten Weise verfahren wollte, noch immer ein sehr bedeutender; und er braucht sich auch nicht als Compensation für einen gewissen Nachtheil eine höchst problematische Aussicht auf einen möglichen künftigen Vortheil aufdringen zu lassen.

3. Unter dem locus publicus, von welchem das Interdict handelt, ist auch der öffentliche Weg begriffen.

L. 2 § 3 ibid.

4. Das Interdict ist ferner nicht auf den Fall zu beschränken, wenn eine derartige Anlage von einer anderen Privatperson gemacht wird, sondern es kann auch gegen eine öffentliche Baubehörde angestellt werden, welche eine solche Anlage vornehmen will. Denn wenngleich dabei zunächst an jenen ersterwähnten Fall gedacht sein mag, wie einzelne Ausdrücke in dem mehrfach citirten Titel zeigen, so lauten doch die Worte des Hauptsatzes „ne quid in loco publico facias, inve eum locum immittas"

L. 2 pr. cit.

sowie im

§ 2 § 5 ibid.

„si opus in publico fiet, si quid illic fiat" ganz allgemein; und es ist auch kein Grund für einen solchen Unterschied erfindlich, eben weil nach

L. 2 pr. cit.

die Befugniß, eine Anlage in solo publico cum damno privati zu verfügen, nur ausnahmsweise der höchsten Staatsgewalt, also nicht der Baubehörde, zusteht, mithin in Ermanglung einer deßfallsigen Autorisation der Ersteren, ein derartiges Verfahren nicht weniger eine Eigenmacht und Rechtsverletzung ist, wenn es von Seiten der Baubehörde, als wenn es von der eines anderen Privatmannes stattfindet.

Vgl. I. H. Böhmer consult. et dec. tom. III. p. 2 Nr. 211.

5. — — — — —

6. Der Einwand der Beklagten endlich, die Erhöhung des Leinpfades sei im Interesse des Publicums und zur Vollziehung des art. 16 des Staatsvertrages vom 25. Februar 1843 nothwendig, ist unerheblich, da dieser Umstand nach den schon mehrfach angeführten gesetzlichen Bestimmungen der Baubehörde, für sich allein, nicht die Befugniß geben könnte, eine Anlage in solo publico cum damno privati vorzunehmen.

145. Genehmigung eines Baues an einem öffentlichen Orte von Seiten der höchsten Staatsgewalt, ohne daß dieselbe wußte, daß einem Anderen hieraus Nachtheile entspringen.

Die Beklagte beruft sich nun zwar auf den Beschluß des hohen Senats vom 14. October 1845, worin die Ausführung der jetzt

in Frage stehenden Anlage speciell genehmigt ist; allein hierdurch kann eine Einrede zur Ausschließung des Interdicts nicht begründet werden, weil jener Beschluß auf keine Weise in dem, nach der gesetzlichen Vorschrift

L. 2 § 10, 16 D. ne quid in loco publ. (43, 8)

erforderlichen Maße erwirkt und ergangen ist, nämlich so, daß die Erhöhung stattfinden sollte, auch wenn dadurch dem Kläger wirklich die von ihm behaupteten Nachtheile zugefügt werden würden. Denn in dem Beschlusse selbst ist hiervon nichts enthalten und in Betreff der Absicht des hohen Senats gründet sich die Beklagte lediglich auf den Inhalt ihres in der jetzigen Instanz von ihr beigebrachten Berichts vom 10. October 1845, auf welchen der gedachte Beschluß erlassen ist; in diesem Berichte nun aber, welchen die Beklagte erst erstattet hat, als ihr die jetzige Klage bereits mitgetheilt, also die vom Kläger behauptete Benachtheiligung genau bekannt geworden war, findet sich, statt daß darin das ganze Sachverhältniß offen hätte dargelegt werden sollen, in jener Beziehung nichts weiter, als die Aeußerung: „indem uns ansonst von den angrenzenden Nachbarn, welche vorgeben, Schaden hierdurch zu erleiden, Schwierigkeiten gemacht werden könnten." Hier sind mithin theils diejenigen speciellen Nachtheile, welche der Kläger durch die Erhöhung zu erleiden behauptet — daß ihm dadurch der bisherige Zugang mit Fuhrwerk zu drei von seinen Grundstücken ganz entzogen und zu den sechs übrigen sehr erschwert werde — gar nicht angegeben; theils sind auch die generell erwähnten Behauptungen der Nachbarn über einen zu erleidenden Schaden durch das Wort „vorgeben" als unwahr und ungegründet bezeichnet, indem die Beklagte sich namentlich bei den Behauptungen des Klägers die Gewißheit darüber, ob dieselben factisch wahr seien, durch den bloßen Augenschein verschaffen konnte. Dem erwirkten Senatsbeschlusse würde daher, wenn er gegen den Kläger Anwendung fände, in der That auch die Einrede der sub- u. obreptio entgegenstehen. Dabei kann es denn auch keinen Zweifel leiden, daß die angeführte, ganz allgemein gefaßte Vorschrift in § 10 u. 16 cit. ihre Anwendung nicht nur in dem Falle findet, wenn einer Privatperson eine Concession zu einer gewissen Anlage ertheilt ist, sondern

auch dann, wenn die Anlage für den Staat selbst ausgeführt werden soll.

Da der obige Grund gegen die Einrede des Beklagten aus dem Senatsbeschlusse vom 14. October 1845 entscheidend ist, so bedarf die weitere Replik des Klägers, daß zu der Wirksamkeit eines solchen Beschlusses auch eine Zustimmung der gesetzgebenden Versammlung erforderlich sei, hier keiner Erörterung.

146. Novum in der Appellationsinstanz. § 130 u. 132 der Oberappellationsgerichts-Ordnung.

Aus dem Umstande, daß der Bericht der Beklagten vom 10. Oktober 1845 erst in der jetzigen Instanz beigebracht ist, konnte übrigens kein formelles Bedenken dawider entstehen, die gedachte Einrede sofort auf Grundlage jenes Berichts zu verwerfen. Denn die Bestimmung des § 130 der Gerichtsordnung für das Oberappellationsgericht über die Befugniß zu neuem Vorbringen findet hier keine Anwendung, da der gedachte Bericht, welcher als Beweismittel gegen die Beklagte benutzt wird, von ihr selbst producirt ist; und ebensowenig die Vorschrift des § 132 über die Remission, weil auch ohne das fragliche novum ein reformatorisches Erkenntniß zum Besten des Klägers hätte erfolgen müssen, nur mit dem Unterschiede, daß dann der Beklagten noch ein Beweis über jene Einrede nachzulassen gewesen sein würde.

Blume Ger.-Ordn. p. 71 nte. l. u. nte. o. Nr. 1.

147. Schadensersatz. Beweisinterlocut.

Es versteht sich von selbst, daß der Kläger nicht nothwendig die sämmtlichen im Beweissatze genannten Benachtheiligungen zu beweisen braucht, sondern daß auch schon der Beweis der einen oder der anderen derselben genügen würde, was dann aber freilich von Einfluß auf den Umfang der künftigen Verurtheilung der Beklagten sein könnte.

148. Zweck des Expropriationsgesetzes.

Wenn aber Kläger zur Begründung seiner Klage sich außerdem noch darauf berufen hat, in dem vorliegenden Falle komme

das Frankfurter Expropriationsgesetz vom 10. Januar 1837 zur Anwendung, — so ist dieser Klaggrund verwerflich. Denn das Expropriationsgesetz geht nach dessen Eingange und nach § 1 nur auf die gezwungene Abtretung von unbeweglichem Eigenthum und von besonderen, auf einem speciellen Rechtstitel beruhenden Realrechten und Gerechtsamen; nicht aber auf den Fall, wenn durch eine Anlage, die der Staat auf einem öffentlichen Wege macht, einer Privatperson nur ein gewisses commodum entzogen wird, welches ihr der bisherige Zustand des Weges vermöge des allgemeinen, ihr wie einem jeden Anderen ex populo zustehenden Rechts, sich des öffentlichen Weges zu bedienen, gewährte.

149. Servitus viae necessaria.

Mit dem Vorbringen des Klägers, er habe als Eigenthümer seiner an dem Leinpfade liegenden Grundstücke das besondere Recht, daß ihm über den Leinpfad ein Zugang zu denselben mit Fuhrwerk gestattet werden müsse, kann, insofern dies ein besonderer von dem Interdicte ne quid in loco publico verschiedener Klaggrund sein soll, nichts Anderes gemeint sein, als ein Recht auf eine servitus viae necessaria. Nun aber kann hier die Streitfrage, ob dies ein allgemeines Recht jedes Grundeigenthümers oder nur ein singuläres Recht bei einem Grabmale sei, ganz dahingestellt bleiben; denn es ist jedenfalls gegen den Kläger entscheidend, daß er nach seinem eigenen Anführen seine sämmtlichen Grundstücke befahren kann, sobald er nur auf seinem eigenen Lande Rampen anlegt, daß er also gar nicht in der Lage ist, gegen einen anderen Grundeigenthümer ein Recht auf eine servitus necessaria in Anspruch nehmen zu können, wenn man auch dasselbe noch so sehr generalisiren will.

150. Erwerbung einer Wegegerechtigkeit durch unvordenkliche Verjährung.

Soviel endlich die Behauptung des Klägers betrifft, für seine Grundstücke sei ein specielles Recht, daß der fragliche Weg zu deren öconomischer Benutzung gebraucht werde, durch unvordenkliche Verjährung erworben, — so hat sich der Kläger in der zweiten

und dritten Instanz bestimmt dahin erklärt, daß er dieselbe factisch lediglich dadurch begründen will, daß er und seine Vorbesitzer sich von jeher des Leinpfades zur öconomischen Benutzung ihrer Grundstücke bedient haben. Hierdurch kann nun aber jene Behauptung offenbar nicht rechtlich begründet werden. Denn da der Leinpfad ein öffentlicher Weg ist, so hatten der Kläger und seine Vorbesitzer das allgemeine Recht, welches einem Jeden ex populo zusteht, sich dieses Weges beliebig zu bedienen, also auch zur öconomischen Benutzung ihrer daran liegenden Grundstücke; und wenn sie dieses Letztere gethan haben, so war dieses Factum, für sich allein, keine Ausübung eines besonderen Rechts, sondern nur jenes allgemeinen jus populare, woran sie, eben weil sie dort Grundstücke besaßen, für sich eine besondere factische Anwendung machen konnten. Daß aber die Ausübung dieses letzteren Rechts seit unvordenklicher Zeit gedauert, hat dessen rechtliche Natur nicht verändert, sondern es ist ganz dasselbe geblieben, und es kann nicht die Rede von einer dadurch entstehenden Präsumtion für eine von der Staatsgewalt ertheilte specielle Concession sein.

Vergl. Pfeiffer pract. Ausführ. Th. 2 Abth. 1 § 3.

Entscheidungen

des

Oberappellationsgerichtes

im

Jahr 1848.

LXVIII.

Carl August Sprenger dahier, Kläger
contra
die Bauamts-Eisenbahn-Commission dahier, Beklagte.

In Folge der Anlage der Offenbacher Eisenbahn mußte ein Damm über den Oberräder Fußweg geführt werden: die anzulegende Rampe führte dicht an des Klägers Garten vorbei; Kläger klagt nun auf Abstellung, resp. Entschädigung,

1. weil Beklagter mit der fraglichen Rampe den gesetzlichen Wich einhalten müsse;
2. weil ihm, dem Kläger, als nebenliegendem Grundeigenthümer mehrfache Nachtheile zugefügt würden (cf. Nr. 144 oben);
3. weil er für sein Grundstück ein specielles Recht auf die Benutzung des Oberräder Fußwegs mittelst der in seiner Gartenmauer befindlichen Thür durch Verjährung erworben habe (cf. Nr. 150 oben). In dritter Instanz fügt der Kläger
4. noch ein weiteres Fundament seiner Klage zu, nämlich: da sich in seiner Gartenmauer eine Thür befinde, eine solche auf einen öffentlichen Weg führende Thür aber nicht ohne Erlaubniß des Staates oder der baupolizeilichen Behörde vorgerichtet werden dürfe, so müsse präsumirt werden, daß den Eigenthümern des Grundstücks eine Concession hierzu ertheilt sei, und hierin liege ein specieller Titel für ein Benutzungsrecht des Weges.

Das Stadtgericht wies am 1. April 1846 den Kläger mit seiner Klage, unter Verurtheilung in die Kosten, ab- und zur Ruhe. Auf Appellation des Klägers wurde dieses Urtheil vom Appellationsgerichte am 27. Mai 1846 bestätigt, dagegen vom Oberappellationsgerichte am 13. Januar 1848 wiederum aufgehoben und dahin erkannt: daß der Kläger — zu beweisen habe, daß durch die Anlegung der fraglichen Rampe

1. der Kläger behindert werde, sich der in seiner Gartenmauer befindlichen Thür in demselben Maße, wie vorher, zur Benutzung des Oberräder Fußweges zu bedienen,

2. eine Beschädigung der Gartenmauer des Klägers besorglich werde,

3. eine Gefährdung der Sicherheit seines Bleichgartens wegen leichteren Einsteigens in denselben entstehe,

oder, daß er durch jene Anlage wenigstens einen oder den anderen dieser Nachtheile erleide, wogegen der Beklagten der Gegenbeweis, sowie der Beweis der Einrede vorbehalten bleibt, daß der hohe Senat der Beklagten die in dem beigebrachten Beschlusse vom 3. März 1846 enthaltene Ermächtigung zu der gedachten Anlage in dem Maße ertheilt habe, daß letztere ohne Berücksichtigung der obigen dem Kläger dadurch erwachsenden Nachtheile — insoweit dieser solche beweisen wird, — ausgeführt werden solle;

und ist demnächst vom Stadtgerichte in der Hauptsache und wegen der Kosten erster Instanz weiter, was Rechtens zu erkennen. Die Kosten zweiter und dritter Instanz werden gegeneinander verglichen und aufgehoben.

151. Die Wichgesetze der Reformation gehen nicht auf öffentliche Wege.

Soviel das in der Geschichtserzählung sub 1. mitgetheilte Klagfundament betrifft, so will der Kläger in Anspruch nehmen den in der Ref. IX. tit. 4 vorgeschriebenen Wich, und zwar zunächst den im § 3 bei Bäumen vorkommenden und später auf Gebäude ausgedehnten Wich von drei Viertel Ruthen, jedenfalls aber den in den § 4 u. 7 bei Dielenzäunen bestimmten Wich von anderthalb Viertel Ruthen.

Allein hiergegen ist schon entscheidend, daß alle im Th. IX. tit. 4 der Reformation enthaltenen Bestimmungen über den Wich nach § 9 nicht auf öffentliche Wege gehen. Denn dieser Paragraph besagt: „Alle oberzehlte Ordnungen, von Setzung der Bäume, Hecken, und Zäunen sollen allein zwischen Nachbarn und ihren Gütern verstanden werden;“ und der Begriff des hier gebrauchten Wortes „Nachbarn“ ist — wie dies auch schon nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche in dem Worte selbst liegt —

durch den darauf folgenden Satz: „Dann gegen dem gemeinen Weg, mag ein Jeder ꝛc.", worin, ebenso wie im § 11 und in der Verordnung vom 22. März 1836, der öffentliche Weg den Nachbarn entgegengesetzt wird, auf das Bestimmteste dahin erklärt, daß der öffentliche Weg nicht zu den Nachbaren gehöre, für welche die obigen Ordnungen gelten sollen. In dem erstgedachten Satze, welcher so gefaßt ist, daß die Vorschriften über den Wich allein „zwischen Nachbarn" verstanden werden sollen, ist mithin die ganz allgemeine Bestimmung enthalten, daß dieselben auf den öffentlichen Weg überhaupt keine Anwendung finden, daß also ein Wich weder gegen den öffentlichen Weg, noch von Seiten des öffentlichen Weges eingehalten zu werden braucht; und der Umstand, daß in dem angeführten zweiten Satze „Dann gegen dem gemeinen Weg ꝛc." nur jene erste Folge der vorher im Gesetze allgemein ausgesprochenen Regel speciell ausgehoben ist, kann keine Beschränkung der Letzteren hierauf bewirken. Dieser Umstand erklärt sich auch sehr natürlich daraus, daß Hecken und Zäune auf dem öffentlichen Wege nicht vorkommen und zur Zeit der Abfassung der Reformation muthmaßlich ebenso die Anlegung von Baumalleen auf denselben noch nicht üblich war; und es kann um so weniger als die Absicht des Gesetzes angesehen werden, den öffentlichen Weg jenen Vorschriften des tit. 4 über den Wich zu unterwerfen, da sonst Baumpflanzungen auf öffentlichen Wegen, wenn dabei ein Wich von drei Viertel Ruthen eingehalten werden müßte, meistens ganz unthunlich werden würden. In diesem Maße hat denn auch das Oberappellationsgericht in

Fr. S. Chaussee=Deputation d. Bauamts c. v. Bethmann 1829

erkannt, wo die obige Ansicht umständlich ausgeführt ist.

Die fernere Frage, ob die gedachten Bestimmungen über den Wich auf eine Anlage von der Art, wie die jetzt streitige Rampe ist, angewandt werden könnten, bedarf daher keiner weiteren Erörterung.

152. Concession für Benutzung eines öffentlichen Weges durch das Bestehen einer auf denselben führenden Thür.

Bei dem in der Geschichtserzählung vorgetragenen vierten Klaggrunde kam die formelle Frage, ob diese erst in letzter Instanz versuchte mutatio libelli durch die erfolgte Einlassung der Beklagten zulässig geworden sei, dahingestellt bleiben, da auch dieses Fundament jedenfalls materiell verwerflich ist. Denn

1. der Kläger hat nicht das wirkliche Factum der Ertheilung einer derartigen Concession behauptet, sondern will nur eine Präsumtion für dasselbe daraus herleiten, daß die Vorrichtung einer auf den öffentlichen Weg führenden Thür ohne eine besondere Erlaubniß nicht habe geschehen dürfen. Diese Präsumtion aber ist unbegründet; denn theils ist es, da der Kläger selbst eine Existenz der Thür seit unvordenklicher Zeit behauptet, ganz ungewiß, ob schon zur Zeit ihrer Vorrichtung, außerhalb der Stadt, jene specielle Erlaubniß hierzu erforderlich war, theils kann ja die Vorrichtung der Thür gleichzeitig mit der Erbauung der Gartenmauer stattgefunden haben, in diesem Falle aber, wo das Grundstück vorher schon in seiner ganzen Ausdehnung einen Ausgang auf den öffentlichen Weg gehabt hätte, würde durch die Genehmigung der Anlage keine besondere Concession zu der Vorrichtung einer Thür als eines Ausganges auf den öffentlichen Weg, sondern nur eine Erlaubniß zur Erbauung der Mauer ertheilt worden sein.

2. Wenn aber auch den Eigenthümern des Grundstücks eine solche Concession wirklich ertheilt wäre, so würde doch hierin keine Verleihung eines besonderen Benutzungsrechts des Oberrader Fußwegs, sondern nur die aus Rücksichten der Baupolizei erforderliche Gestattung eines Zuganges zu diesem Wege liegen, als eines Mittels, das jus populare der Benutzung desselben direct vom Grundstücke des Klägers ab auszuüben. Befände sich nach dem Wege zu keine Mauer, sondern läge der Garten offen an demselben, so würden ja dessen Eigenthümer ohne alle besondere Concession das Recht haben, sich des Weges von ihrem Garten ab zum Gehen und Fahren zu bedienen; die Concession zur Vorrichtung einer Thür in der Mauer wäre daher nicht eine Ertheilung dieses

Rechts, sondern nur die Beseitigung eines Hindernisses der Ausübung desselben gewesen.

153. Wegen welcher commoda kann das interdictum ne quid in loco publico fiat gebraucht werden?

Das interdictum ne quid in loco publico fiat kann nur wegen der Beeinträchtigung solcher commoda angestellt werden, in deren wirklichem Genuß sich Jemand bereits befindet, wie dies theils aus

L. 2 § 11 D. ne quid in loc. publ. (43, 8) verb. „quod ex publico consequebatur

und aus allen einzelnen angeführten Beispielen hervorgeht, theils aus der dem Interdicte zum Grunde liegenden Idee folgt, daß Allen an den locis publicis gleiches Recht zusteht,

L. 2 § 2 tit. cit.

und daher die Regel entscheidet, potior est conditio occupantis. Daher kann der von dem Kläger behauptete Nachtheil, daß durch Anlegung der Rampe die Verwendung seines Grundstücks als Bauplatz unmöglich gemacht werde, hier nicht berücksichtigt werden; dahingegen konnte es keinem Zweifel unterliegen, daß die weiter von ihm behaupteten Nachtheile zur Anstellung des Interdicts, welches auf Nachtheile jeder Art geht

L. 2 § 11 tit. cit.

und wobei der vom Kläger zuerst erwähnte (er werde dadurch behindert, sich der erwähnten Thür — — — in dem bisherigen Maße zu bedienen) speciell genannt wird, (§ 12 ibid.) völlig geignet ist.

154. Interdictum ne quid in loco publico fiat. Einrede der speciellen Ermächtigung von Seiten der höchsten Staatsbehörde.
(cf. oben Nr. 145.)

Die Einrede der Beklagten, daß ihr vom Hohen Senate eine specielle Ermächtigung zu der Anlegung der fraglichen Rampe ertheilt worden sei, ist allerdings erheblich, insofern dies auf die p. 285 erwähnte Weise, nach Vorschrift der

§ 10, 16 cit.

geschehen ist; und die Einwendung des Klägers, daß nach L. 2

pr. cit. die fragliche Ermächtigung nur von derjenigen höchsten Staatsbehörde, welcher die gesetzgebende Gewalt zustehe, mithin nach der Frankfurter Verfassung von dem Senate nicht ohne Beitritt der gesetzgebenden Versammlung ertheilt werden könne, ist ungegründet. Es ist freilich im Römischen Rechte nur von solchen Staatsbehörden die Rede, deren Verfügungen vim legis haben; allein das Princip, von welchem das Letztere dabei ausgeht, besteht nicht darin, daß dies ein jus singulare für den besonderen Fall einer Ermächtigung zu einer Anlage in loco publico cum damno privati sei, sondern allgemein darin, daß die Ermächtigung einer solchen Staatsbehörde zu einer jeden Anlage in loco publico erfordert werde, wobei dann nur der Satz hinzugefügt wird, daß eine derartige Ermächtigung, wenn sie nicht das Gegentheil besage, mit der Beschränkung zu verstehen sei, daß die Anlage sine alicujus incommodo ausgeführt werden solle. Dies ergibt sich aus der Fassung der § 10 und 16 und bestätigt sich durch

L. 18 § 1 D. de aq. et aq. pluv. (39, 3)

L. 1 § 41 D. de aq. quotidian. (43, 20),

wo von einem damnum privati gar nicht die Rede ist. Hieraus folgt nun, daß, wenn nach heutigem Rechte die höchste administrative Staatsbehörde die gewöhnliche Ermächtigung zu einer Anlage in loco publico ertheilen kann, dieselbe auch die Befugniß hat, diese Ermächtigung mit der Clausel cum damno privati zu ertheilen, obgleich ihr keine gesetzgebende Gewalt zusteht; diese Staatsbehörde ist aber in Frankfurt, insofern nicht mit einer derartigen Verfügung eine Veräußerung von städtischem Grundeigenthum verbunden ist, der Senat, da eine Mitwirkung der gesetzgebenden Versammlung nur in dem letztgedachten Falle vorgeschrieben

Constit.-Ergänzungsacte art. 17 Nr. 5

und im Uebrigen eine solche Verfügung unter der dem Senate beigelegten executiven Gewalt und Stadtverwaltung

art. 25 ebendas.

begriffen ist.

Jene Einrede der Beklagten ist jedoch bis jetzt in dem oben gedachten, gesetzlich erforderlichen Maße noch nicht bewiesen. Denn in dem beigebrachten Senatsbeschlusse vom 3. März 1846 findet

sich davon, daß die Anlegung ohne Berücksichtigung der fraglichen, dem Kläger nach seiner Behauptung dadurch zugefügten Nachtheile ausgeführt werden solle, nichts; und der bloße Umstand, daß dem Hohen Senate bei der Erlassung dieses Beschlusses die Zeichnung Nr. 19 der stadtgerichtlichen Acten vorgelegen hat, kann, wenn in den Berichten der Beklagten vom 11. und 23. Februar 1846 jener Nachtheile nicht weiter erwähnt sein sollte, zur Erbringung des obigen Beweises nicht genügen. Es kommt daher erst auf den Inhalt dieser bis jetzt nicht producirten Berichte an, welche die Beklagte erst erstattet hat, nachdem ihr die gegenwärtige Klage bereits insinuirt, ihr also das ganze streitige Sachverhältniß und die Behauptungen des Klägers bekannt geworden waren.

Demnach waren die in dem jetzigen Erkenntnisse festgesetzten Beweise einerseits dem Kläger aufzuerlegen und andererseits der Beklagten für den Fall der Erbringung des Beweises des Klägers vorzubehalten.

Zwar hat nun noch Kläger gegen diese Einrede die Replik vorgebracht, die Beklagte sei selbst Eigenthümerin des dem Bleichgarten des Klägers gegenüber auf der anderen Seite des Oberrader Fußweges liegenden Ackerlandes — — — und die Rampe habe füglich auf diesem Grundstücke angelegt werden können, die Beklagte habe dies aber in ihren Berichten an den Senat nicht angegeben. Allein diese Replik ist unerheblich und war daher nicht zum Beweise zu verstellen. Denn es ist weder nach den Bestimmungen des Interdicts zur Wirksamkeit der ertheilten Ermächtigung erforderlich, daß der Senat von diesem Umstande Kenntniß gehabt haben müßte, indem es hiernach genügt, wenn demselben die für den Kläger erwachsenden Nachtheile bekannt waren; noch kann auch auf jenes Vorbringen eine Replik der Sub- und Obreption nach allgemeinen Rechtsprincipien gegründet werden, da sich keineswegs positiv präsumiren läßt, daß der Senat, um den Kläger der fraglichen Benachtheiligungen zu überheben, zu der Maßregel geschritten sein würde, dem städt'schen Fiscus theilweise dessen privatives Eigenthum zu entziehen, was durch Verwandlung jenes Terrains in einen öffentlichen Weg geschehen würde. Es kann daher nur dem Kläger überlassen bleiben, erforderlichen Falls

seinerseits dem Hohen Senat den gedachten Umstand vorzutragen und dessen Erwägung zu unterstellen.

Schließlich ist noch zu bemerken, daß es freilich, wenn auch der Kläger den ihm auferlegten Beweis führen und die Beklagte nicht im Stande sein sollte, den Beweis ihrer Einrede zu erbringen, in der Macht des Hohen Senates stehen würde, die Ermächtigung zu der fraglichen Anlage nunmehr noch in dem Maße zu ertheilen, daß sie ohne Rücksicht auf die dem Kläger erwachsenden Nachtheile stattfinden solle, was dann die Folge hätte, daß der jetzige Proceß in der Hauptsache ohne Resultat bleiben würde. Indessen diese bloße Möglichkeit konnte kein Hinderniß sein, ein nach der jetzigen Sachlage den Rechten gemäßes Erkenntniß abzugeben, und es dürfte doch auch in jenem Falle der Umstand, ob die Klage an sich eine rechtlich begründete war, nicht nur für den gegenwärtigen Proceß wegen der Nebenpuncte, sondern auch in Hinsicht auf die Entschließung des Hohen Senats über eine dem Kläger etwa zu bewilligende billige Entschädigung von Einfluß sein.

LXIX.

Gebrüder Schwarzschild dahier, Kläger
contra
César Gignoux aus Zürich, Beklagten.

Gebrüder Schwarzschild bestellten bei dem Reisenden des César Gignoux eine Parthie Waaren. Wenige Tage hierauf zeigte ihnen César Gignoux an, daß es ihm leid sei, daß er das Geschäft nicht effectuiren könne, da er selbst die Waare bereits bis auf einen unbedeutenden Rest verkauft habe. Neun Monate später erhoben Gebr. Schwarzschild, die bis dahin im Stillschweigen verharrt hatten, Reclamationen gegen César Gignoux, begründeten den Gerichtsstand des Arrestes und klagten auf Schadensersatz von fl. — wegen nicht Effectuirung des Kaufes. Beklagter bestritt,

den Rechtsgrund der Klage und opponirte, daß der Reisende nur unter der Bedingung verkauft habe, daß die Waare noch auf dem Lager sei. Das Stadtgericht erkannte am 18. August 1846, daß zu beweisen haben

1. Klägerin, daß sie durch die Nichterfüllung des in der Klage erwähnten Kaufvertrags von Seiten des Beklagten einen Schaden von fl. — oder wie viel weniger erlitten habe.

2. Beklagter, daß er der Klägerin gegenüber sich zur Lieferung der fraglichen Waare nur insofern verpflichtet gehabt habe, als dieselben an seinem Wohnorte nicht bereits anderweitig vergeben sein würden, und daß diese Waaren zur Zeit des Verkaufs an dem Wohnorte des Beklagten bereits verkauft gewesen seien.

Auf Appellation des Beklagten erkannte das Appellationsgericht am 4. November 1846, daß die angestellte Klage unter Verurtheilung der Kläger in die Kosten erster Instanz abzuweisen ist. Dieses Urtheil wurde auf Appellation der Kläger unter deren Verurtheilung in die Kosten vom Oberappellationsgerichte am 27. Januar 1848 bestätigt.

155. Nichtlieferung einer verkauften Waare. Dies interpellat pro homine. Meinungsverschiedenheit der Contrahenten hinsichtlich der Modalitäten des Kaufs. Kaufmännische Fides.

Die Nichtlieferung einer verkauften Sache berechtigt an sich nur zu einer Klage auf Lieferung derselben, und es bedarf eines besonderen Rechtfertigungsgrundes, wenn der Käufer statt der schuldigen Waare eine Geldentschädigung in Anspruch nehmen will. Der Anspruch der Kläger, welche von dem Beklagten Ersatz für die ihnen nicht gelieferte Waaren verlangen, kann daher auch nur unter Voraussetzung eines besonderen, dieses Verlangen rechtfertigenden Grundes für zulässig erachtet werden.

Ein solcher Grund läge allerdings vor, wenn der Beklagte die Lieferung der bei ihm bestellten Waaren schuldhaft verzögert hätte und den Klägern durch die Verzögerung der Lieferung diese selbst unnütz geworden wäre.

L. 24 § 4 D. loc. cond. (19, 2)

Allerdings kann darüber kein Zweifel sein, daß den Klägern

zur Zeit der Klage die bei dem Beklagten bestellten Waaren unnütz geworden waren. Dies ergibt sich theils aus der Natur der Sache, indem nicht anzunehmen steht, daß der Besteller einer der Mode unterworfenen Waare von dieser noch den zur Zeit der Bestellung beabsichtigten Gebrauch machen könne, wenn dieselbe ihm erst acht Monate nach der zur Lieferung bestimmten Zeit geliefert wird, theils beruht es auf der übereinstimmenden Ansicht der Streittheile, daß die Ausführung der im Juli 1845 erfolgten Bestellung der damaligen Absicht der Partheien entsprechend nicht mehr stattfinden könne. Allein es fehlt durchaus an der Darlegung, daß diese Lage der Sache von dem Beklagten durch verschuldete Verzögerung der Lieferung herbeigeführt worden sei. Zwar hatte nach der „Commission" überschriebenen Anlage 2 der Stadtgerichts-Acten Beklagter im Juli 1845 die Verpflichtung übernommen, die in jener verzeichneten Waaren Mitte August zu liefern. Indessen wurde keineswegs schon durch die bloße Thatsache, daß zu dieser Zeit die Lieferung nicht erfolgte, ein widerrechtlicher zum Schadensersatz verpflichtender Verzug des Beklagten begründet, vielmehr mußten Kläger bei eintretender Verzögerung den Beklagten zur ungesäumten Lieferung der Waare auffordern, insofern dieser ihnen für den durch fernere Zögerung entstehenden Schaden haften sollte. Denn regelmäßig muß der seine Leistung verzögernde Schuldner gemahnt sein, ehe er den durch seine Zögerung entstehenden Schaden zu ersetzen verpflichtet ist.

L. 22 pr. 1 D. de usuris (22, 1)
Wening-Ingenheim Lehrbuch Bd. II. § 102
Vangerow Pandecten Bd. III. § 588 Anm. 1.

Durch die Mahnung wird es erst gewiß, daß der Schuldner seine Leistung widerrechtlich verzögere, und die Möglichkeit ausgeschlossen, daß derselbe seine Verpflichtung bloß vergesse oder in der Meinung stehe, dem Gläubiger sei an einer pünctlichen Schuldabtragung nichts gelegen.

Unterholzner Schuldverh. I. 54.

Daher scheint es denn auch nicht unbedenklich, von der durchgreifenden Gültigkeit des auch keineswegs allgemein anerkannten

Vangerow a. a. O. Anm. 2

Satzes auszugehen, wonach es bei erfolgter Festsetzung eines bestimmten Zahlungstages zur Begründung eines zum Schadensersatz verpflichtenden Verzuges keiner weiteren Mahnung bedarf. Freilich kann von der Nothwendigkeit der Letzteren da keine Rede sein, wo eine gerade zur festgesetzten Zeit stattfindende Leistung verlangt und versprochen wird, wo mithin die beabsichtigte Leistung nach Ablauf der festgesetzten Zeit nicht mehr möglich ist. In einem solchen zu einer Interpellation regelmäßig keinen Raum lassenden Falle hat der Schuldner vornherein auf jede Mahnung verzichtet und sich daher so einzurichten, daß ihn auch nicht eine solche Schuld treffe, welche sonst durch die Interpellation des Gläubigers unschädlich gemacht werden würde. Ob eine Lieferungszeit in diesem Sinne festgesetzt worden, ist nach den Umständen zu beantworten, in vorliegenden Falle aber offenbar ein festbestimmter Lieferungstag nicht verabredet, auch ist in der Bestimmung, Mitte August zu liefern, die Anordnung einer festbegrenzten Frist nicht zu finden, weil nichts vorliegt, was auf die Absicht der Partheien oder ein Interesse der Kläger hinwiese, daß pünctlich Mitte August geliefert werden solle.

Bei einer Mitte August nicht erfolgenden Lieferung mußten daher Kläger den Beklagten zur Erfüllung seiner Verpflichtung auffordern, wenn sie ihn in einen zum Schadensersatz verpflichtenden Verzug versetzen wollten. Freilich würde es einer solchen Mahnung nicht bedurft haben, wenn aus anderen Gründen schon gewiß gewesen wäre, daß der Beklagte absichtlich seiner Contractspflicht nicht nachkomme, wie in dem Falle erklärter Weigerung, dieser Pflicht nachzukommen. Eine solche Weigerung kann aber aus dem Briefe des Beklagten vom 22. Juli 1845 nicht hergeleitet werden. Hinsichtlich der 18 Stücke neuer Waare ist es völlig klar, daß der dieselben gar nicht erwähnende Brief den widerrechtlichen Willen des Beklagten, gar nicht liefern zu wollen, überall nicht ausdrückt. Läge auch rücksichtlich der 240 Stück alter Waare die entschiedene Weigerung, dieselben zu liefern, in dem Briefe ausgesprochen, so würde doch daraus weder eine gleiche Weigerung hinsichtlich der 18 Stück neuer Waare folgen, noch eine rücksichtlich der alten Waare begründete Schadensersatzpflicht eine gleiche rück-

sichtlich der neuen Waare mit sich führen. Denn da für die alte und die neue Waare kein Gesammtpreis, vielmehr für jedes einzelne Stück ein Preis bestimmt ist, so liegen, auch wenn man die einzelnen Stücke der alten Waare im Gegensatz zu den Stücken der neuen Waare, als ein Ganzes auffassen müßte, doch jedenfalls zwei nur formell in einem verbundene Kaufverträge vor, so daß die verweigerte Erfüllung des einen nicht auch als verweigerte Erfüllung des anderen angesehen werden darf.

Unterholzner a. a. O. I. 99.

Aber auch rücksichtlich der alten Waare, von welcher der Brief unbestrittenermaßen allein redet, liegt in diesem nicht die Weigerung ausgesprochen, der in Ansehung ihrer eingegangenen Verpflichtung nachzukommen, der Brief geht vielmehr offenbar von der auch in diesem Processe von dem Beklagten festgehaltenen Voraussetzung aus, daß Letzterer die Verpflichtung zur Lieferung der alten Waare nur für den Fall, daß dieselbe nicht schon vergeben sei, übernommen habe, und macht daher den Klägern die diesen schuldige Anzeige, daß der die Wirksamkeit des die alte Waare betreffenden Geschäfts aufhebende Fall eingetreten sei. Für die Kläger, wenn sie ernstlich der Meinung waren, daß der Beklagte eine unbedingte Verpflichtung übernommen, ergab sich also, daß zwischen diesem und ihnen eine Meinungsverschiedenheit hinsichtlich der Modalitäten des Vertrags bestehe, und der Beklagte in der Meinung stehe, daß die rücksichtlich der alten Waare eingegangene Obligation unwirksam geworden sei. Es versteht sich von selbst, daß wenn die Kläger auf diesen Brief ohne den ihm zum Grunde liegenden Voraussetzungen zu widersprechen, geantwortet hätten, sich den Inhalt desselben zur Nachricht dienen zu lassen, in dieser Antwort ein Einverständniß mit der auf die eingetretene Unwirksamkeit des Vertrags gerichteten Ansicht des Beklagten liegen und dieses sie hindern würde, dermalen noch Ansprüche wegen nicht gelieferter Waare zu machen. Dem Stillschweigen der Kläger auf den Brief muß aber dieselbe Wirkung wie einer ausdrücklichen Antwort des bezeichneten Inhalts beigelegt werden. Zwar kann das Stillschweigen zu einer schriftlichen oder mündlichen Rede im Allgemeinen nicht als Zustimmung zu derselben angesehen werden, vielmehr müssen Gründe

vorhanden sein, die auf eine solche Zustimmung zurückschließen lassen. An solchen Gründen fehlt es aber auch in vorliegendem Falle nicht. Zunächst konnte den Klägern die Meinung des Beklagten sich nicht als eine völlig grundlose darstellen, da der Mangel der Unterschrift der Commission sie wohl bedenklich machen konnte, ob nicht der Beklagte schon bei der an sie erfolgten Aushändigung derselben das eingegangene Geschäft in irgend einer Hinsicht noch als unfertig oder als ein nicht unbedingt auszuführendes angesehen habe. Es konnte ihnen ferner nicht entgehen, daß es, auch wenn sie sich überzeugt hielten, den Beklagten fest und unbedingt verpflichtet zu haben, wenigstens zweifelhaft sei, ob auch in dieser Hinsicht die erforderliche Willenseinigung stattgefunden habe. Endlich aber, wenn sie die Sache nicht für zweifelhaft und es nicht für unbillig hielten, den Beklagten an seinem gegebenen Worte festzuhalten, mußten sie sich sagen, daß es redlichem kaufmännischen Verkehre nicht entspreche, den Beklagten in der Meinung der eingetretenen Unwirksamkeit des eingegangenen Geschäfts zu lassen und dadurch abzuhalten, für den Fall eines möglichen Irrthums sich durch Wiederankauf der schon weggegebenen Stücke alter Waare und durch Einstellung des Verkaufs der noch vorräthigen die demnächstige Vertragserfüllung zu sichern. Auch durften sie sich zu einem hinterhaltigen Schweigen nicht durch den bloßen Verdacht berechtigt halten, daß der ihnen mitgetheilte Abgang der alten Waare nur ein auf ihre Täuschung berechneter Vorwand sei.

Unter solchen Umständen darf das völlige und nicht einmal in ihrem Briefe vom 8. März 1846 gebrochene Schweigen der Kläger nur als Zustimmung zu der ihnen mitgetheilten Ansicht des Beklagten gedeutet werden, und die hiernach von dem Beklagten mit Recht für abgethan gehaltene Sache kann deßwegen auch nicht wieder zum Gegenstand einer gerichtlichen Erörterung gemacht und insonderheit die Richtigkeit der unwidersprochen gebliebenen, dem Briefe zum Grunde liegenden Voraussetzungen nicht noch weiter zur Untersuchung gezogen werden.

LXX.

Christian A. als Vormund von Philipp Anton zu Guntersblum in Rheinhessen, Kläger

contra

J. G. R. dahier, Beklagten.

Kläger hatte den geschlechtlichen Umgang seiner Mutter mit dem Beklagten in den Monaten Mai — Juli 1839 zu beweisen. Beklagter hatte dabei zugestanden, daß er im Monat April 1839 der Mutter des Klägers geschlechtlich beigewohnt und ihr auch nach ihrer Niederkunft Geldgeschenke gemacht habe. Nachdem Kläger einen Zeugenbeweis geführt hatte, erkannte das Stadtgericht am 10. Juni 1846 auf den Reinigungseid des Klägers. Dieses Urtheil wurde auf beiderseitige Appellation vom Appellationsgerichte am 18. August 1846 und auf Oberappellation des Klägers und Adhäsion des Beklagten unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten vom Oberappellationsgerichte am 27. Januar 1848 bestätigt.

156. Vermuthung aus früheren geschlechtlichen Beiwohnungen für eine später stattgehabte. Nothwendiger Eid in Schwängerungssachen.

Die Zeugenaussagen bestätigen zwar den von dem Beklagten eingestandenen geschlechtsvertrauten Umgang mit der Mutter des Klägers, enthalten aber keine Beweisgründe für die Wahrheit der zu beweisenden Thatsache, daß jener Umgang auch seit dem 6. Mai 1839 fortgesetzt worden. — — — Sind hiernach die Zeugenaussagen für die Wahrheit des Beweissatzes völlig unerheblich, so kann andererseits zwar der Vermuthung, daß der Beklagte, welcher geständiger Maßen mit der Mutter geschlechtsvertrauten Umgang gepflogen, und mit derselben auch in der ersten Hälfte April 1839 den Beischlaf vollzogen hat, diesen Verkehr auch bis in die für die

ihm angesonnene Vaterschaft relevante Zeit fortgesetzt haben werde, um so weniger alles Gewicht abgesprochen werden, als gar kein Grund vorliegt, der den Beklagten, den bisherigen Verkehr abzubrechen, bestimmt haben könnte. Dieser Vermuthung müßte sogar die Kraft eines halben Beweises beigelegt werden, wenn die Mutter des Klägers mit dem Beklagten in einem auf reiner Neigung beruhenden Verhältnisse gestanden hätte und jedes Verdachts ledig wäre, neben dem Beklagten sich auch anderen hingegeben zu haben, — — — was beides nicht zu unterstellen ist. — — —

In der aus den früheren Beiwohnungen erwachsenden Vermuthung für eine auch später stattgehabte kann daher kein Grund zur Auflage eines Erfüllungseides gefunden werden. Das Geständniß des Beklagten aber, der Mutter des Klägers Geld in einem das Alimentationsquantum bis zum Juli 1845 übersteigenden Betrage geschenkt zu haben, weis't allerdings darauf hin, daß er zu dieser Geldspende durch den geschlechtsvertrauten Umgang bestimmt worden ist, in dem er mit Jener gestanden, deutet aber nur entfernt ein Bewußtsein der Schuld einer zur relevanten Zeit vollzogenen fleischlichen Vermischung an.

Diese entfernte Anzeige kann daher auch in Verbindung mit der schon angeführten Vermuthung, die Auflage eines Erfüllungseides um so weniger rechtfertigen, als dieser nur vom Glauben abgeleistet werden könnte und kein Grund vorliegt, in die Gewissenhaftigkeit des Beklagten, welcher vom Wissen schwören kann, Zweifel zu setzen.

Mit Rücksicht auf die Vorschrift der Reformation (I. 39, 8) und da der klägerische Anspruch auch gesetzlich in keiner Weise so begünstigt ist, daß bei dem Mangel der ihn bedingenden Voraussetzungen auf den Erfüllungseid erkannt werden dürfte, mußte daher das angefochtene Erkenntniß in der Sache selbst, sowie hinsichtlich des Kostenpuncts bestätigt, auch bei völligem Ungrunde der von ihm aufgestellten Beschwerden Kläger in die Kosten dieser Instanz verurtheilt werden.

LXXI.

Helene Winkel aus Gelnhausen, Klägerin

contra

Joseph St. dahier, Beklagten.

In vorliegender Schwängerungssache erließ das Stadtgericht am 20. August 1847 das Beweisinterlocut:

I. Die Klägerin hat binnen 14 Tagen zu beweisen:

1. daß sie am 8. Januar 1847 ein Kind geboren habe;

2. daß der Beklagte in der Zeit vom 16. März bis 12. Juli 1846 sich geschlechtlich mit ihr vermischt habe.

II. (Wegen des Anspruchs auf Deflorationsgebühr) der Beklagte hat binnen derselben Frist zu beweisen, daß die Klägerin mit anderen Männern geschlechtlichen Umgang gepflogen habe.

Auf Appellation des Beklagten wurde unter Verurtheilung desselben in die Kosten dieses Urtheil bestätigt vom

Appellationsgerichte am 8. October 1847,
Oberappellationsgerichte am 31. Januar 1848.

157. Klagbegründung und Beweissatz in Schwängerungssachen.

Da die bekannten gesetzlichen Vorschriften, wonach die schon im siebenten Monate nach geschlossener, sowie die bis zu Ende des zehnten Monats nach getrennter Ehe gebornen Kinder für vom Ehemanne der Mutter gezeugt gelten und als eheliche Kinder behandelt werden müssen, sowohl der Natur der Sache nach, als nach fast übereinstimmender Ansicht der Praxis, Theorie und Privatgesetzgebung

Fr. S. D. c. Kahles 1843

auch bei außerehelichen Schwängerungen dahin eine analoge Anwendung finden, daß derjenige, wider welchen durch Geständniß oder Beweis feststeht, daß er in dem Zeitraume des zehnten bis sechsten Monats vor der Niederkunft mit einem Frauenzimmer

geschlechtlichen Umgang gepflogen, als Erzeuger des von derselben geborenen Kindes zu erachten sei und wegen der dem Schwängerer und außerehelichen Vater obliegenden Entschädigungs-, resp. Alimentationsleistungen in Anspruch genommen werden könne; da auch alle die Argumentationen, durch welche der Sachführer des Appellanten darthun zu können vermeint hat, daß der der Klägerin über ihren fleischlichen Verkehr mit dem Beklagten auferlegte Beweis auf die Zeit des neunten Monats vor ihrer Niederkunft hätte beschränkt werden müssen, weder an sich richtig und zutreffend, noch vollends geeignet sind, jene auf gesetzlicher Vorschrift und inneren Gründen beruhende Präsumtion zu beseitigen, so erscheint es vollkommen gerechtfertigt, daß mit Rücksicht auf die erwiesener Maßen am 9. Januar 1847 erfolgte Niederkunft der Klägerin der Zeitraum, für welchen dieselbe den vom Beklagten geleugneten fleischlichen Umgang darzuthun habe, auf die Zeit vom 16. März bis 12. Juli 1846 festgesetzt worden ist; und wenn Beklagter hierüber auch in jetziger Instanz unter dem Verlangen sich beschwert, daß die Beweisauflage generell „auf die der Niederkunft entsprechende Zeit" gestellt werde, so ist in diesem Puncte die Appellation um so unbedenklicher für unbegründet und frivol zu erklären, als einerseits die im Beweisinterlocut erwähnte Zeit eben die der Niederkunft entsprechende ist, auch der Richter bei Formulirung des Beweisthemas keineswegs an die Wortfassung der Parthei-Vorträge gebunden ist, mithin darauf kein Gewicht gelegt werden kann, daß Klägerin in ihrer Klage die Zeit, wo Beklagter fleischlichen Umgang mit ihr gepflogen, gar nicht näher angegeben, vielmehr nur, daß dies zu der ihrer Niederkunft entsprechenden Zeit geschehen, bemerkt hatte, als andererseits, wenn gemeinhin in Frankfurt die fragliche Beweisauflage in jener generellen Weise zu erfolgen pflegt, dies keine das Gericht bindende Norm begründet.

158. Eidesdelation im künstlichen Gegenbeweis. Ist der Einwand des alibi speciell zum Beweise zu verstellen?

Es kann keinem Zweifel unterliegen und ist Seitens des Oberappellationsgerichts wiederholt, wie z. B.

Fr. S. Schnapper curat. bon. c. Adler u. Comp. 1845

anerkannt worden, daß auch beim Gegenbeweise, sobald die Unwahrheit oder Unmöglichkeit einer Thatsache auf mittelbarem oder künstlichem Wege durch Folgerungen aus anderweitigen speciellen Thatsachen dargethan werden soll, zu Constatirung dieser letzteren der Gebrauch aller und jeder Beweismittel freisteht, sonach Eidesdelation Platz greifen kann. Es ist mithin eine völlig unbegründete Besorgniß und Beschwerde, wenn Beklagter dadurch sich in seiner Beweisführung beschränkt und an seinem deßfallsigen Rechte beinträchtigt erachtet, daß ihn die sententia a qua mit seiner Behauptung, zu der der Niederkunft entsprechenden Zeit gar nicht in Frankfurt, sondern auf Reisen gewesen zu sein, in den Gegenbeweis und auf den im stadtgerichtlichen Erkenntnisse deßfalls gemachten Vorbehalt verwiesen hat. Seinem Verlangen, daß dieser Einwand des alibi speciell und direct zum Beweise verstellt werde, könnte übrigens, selbst wenn seine obige Argumentation zutreffend wäre, schon um deßwillen nicht deferirt werden, weil in der That jene Behauptung nicht sowohl eine wahre Einrede in sich schließt, als vielmehr nur dahin geht, daß der ihm schuldgegebene fleischliche Verkehr mit der Klägerin unwahr, weil unmöglich, sei, mithin die Berufung auf seine damalige Abwesenheit von Frankfurt lediglich als eventuelles Erbieten zum Gegenbeweise aufgefaßt werden kann.

159. Begründung der Einrede, die Schwängerungsklägerin sei eine öffentliche Dirne. Erfordern Deflorationsklagen die Behauptung der Verführung?

Anlangend die vom Beklagten erhobene Beschwerde, es hätte in den ihm über den Umgang der Klägerin mit anderen Männern vorbehaltenen Einrede-Beweis auch noch dies speciell aufgenommen werden müssen, daß dieselbe, wie er behauptet habe, gegen Bezahlung anderen Männern sich hingegeben, so ist es durchaus irrig, wenn Appellant vermeint, daß, sobald dies feststehe, Klägerin als „öffentliche Dirne“ und eigentliche meretrix zu behandeln sei. Dafür könnte sie nur gelten, wenn dieselbe sich Jedwedem ohne Auswahl gegen Geld zur Befriedigung der Wollust hinzugeben pflegte und die Hurerei gleichsam als Gewerbe

getrieben hätte. Dessen aber hat Beklagter sie gar nicht zu bezüchtigen gewagt, sondern nichts weiter gegen dieselbe vorgebracht, als daß sie auch mit anderen Männern sich fleischlich vermischt und von diesen Geld erhalten und angenommen habe. Hieraus könnte jedoch keineswegs gefolgert werden, daß sie aller an den Beklagten erhobenen Ansprüche verlustig sei, sondern allein dies, daß sie für sich selbst keine Entschädigung fordern könne, und da der Anspruch auf die sogenannte Deflorationsgebühr, übrigens auch nur dieser, schon dann wegfällt, wenn überhaupt die Geschwängerte mit mehreren Mannspersonen fleischlichen Umgang gepflogen hat, so würde, wollte man dem obigen Verlangen des Beklagten deferiren, ein völlig irrelevanter Umstand zum Beweise verstellt werden; zumal auch die Behauptung des appellantischen Sachführers, daß nur im Falle der Verführung wegen außerehelicher Schwängerung ein Klaganspruch begründet sei, weder wahr ist, noch auch in diesem Betrachte jene angebliche Bezahlung irgend erheblich wäre. Ueberflüssige und unnütze Beweis-Auflagen können aber weder verlangt, noch bewilligt werden, und erscheinen daher in dieser Hinsicht die früheren Erkenntnisse gleichfalls vollkommen gerechtfertigt.

160. Gleichzeitige Beweisfrist für Beweis und Gegenbeweis im summarischen Processe.

Wenn dem Beklagten binnen derselben Frist, also gleichzeitig mit dem klägerischen Hauptbeweise, der Beweis seiner Einrede auferlegt worden ist, so kann die Bestimmung der Beweisfrist zwar nicht in dem Maße als Sache der Proceß-Direction anerkannt werden, daß der Richter ganz nach freiem Ermessen die gleichzeitige Antretung und Führung der beiderseitigen Beweise verfügen dürfte. Daß aber im summarischen Processe solche Cumulation nicht bloß meistens als rathsam sich darstellen wird, sondern auch vollkommen statthaft sei, unterliegt keinem Bedenken

Vgl. Clem. 2 de verb. sign. (5, 11)

und ist sowohl von der Doctrin allgemein anerkannt,

Jurist. Abhandl. Th. I. p. 280 nte. 25

als auch Seitens des Oberappellationsgerichts früher

angenommen worden. Da nun Schwängerungs-Sachen nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift in Frankfurt zu den summarischen Rechtssachen gehören,

Vgl. Prov. Pr. Ordg. § 10

so hat Beklagter zu Beschwerde über das stadtgerichtliche Interlocut in formellem Betrachte ebenso wenig Anlaß gehabt, wie nach dem Obigen in materieller Hinsicht.

LXXII.

Godschaux Frères u. Comp. zu Luxemburg, Kläger und Widerbeklagte

contra

die Handlung L. H. Kohnstamm zu Schweinfurt, insbesondere Jacob Kohnstamm zu München, als angeblichen Theilhaber dieser Handlung, Beklagten und Widerkläger.

Die klägerische Handlung impetrirte gegen J. Kohnstamm als angeblichen Theilhaber der Handlung L. H. Kohnstamm zu Schweinfurt einen Arrest wegen einer Forderung von fl. —. Nach geschehener Cautionsleistung des J. Kohnstamm stellte Letzterer die gedachte Eigenschaft in Abrede, beantragte, ohne sich weiter auf die Klage einzulassen, Abweisung des Klägers und erhob Widerklage auf Schadensersatz. In der Replik suchte Kläger den Beweis dadurch zu anticipiren, daß er Urkunden überreichte, in denen J. Kohnstamm das der ausgeklagten Forderung zu Grunde liegende Waarengeschäft als Procurist der Handlung L. H. Kohnstamm abgeschlossen habe, und durch das weitere Anführen, diese Stellung des J. Kohnstamm sei simulirt gewesen. In den oberen Instanzen suchte Kläger den Beweis aus dem Gesichtspunct zu

umgehen, daß J. Kohnstamm selbstständig als Procurist der beklagten Handlung hafte (mutatio libelli). Das Stadtgericht erkannte am 2. März 1846 auf den Beweis des Klägers, daß Handelsmann Jacob Kohnstamm zur Zeit des gegen denselben impetrirten Arrestes Theilhaber der Handlung L. H. Kohnstamm in Schweinfurt gewesen sei. Auf Appellation des Klägers wurde dieses Urtheil vom Appellationsgerichte am 24. April 1846 pure, und unter Verurtheilung des Klägers in ¾ und Compensation von ¼ der Kosten vom Oberappellationsgerichte am 17. Februar 1848 mit dem Zusatze bestätigt, daß es den Klägern freistehe, statt des ihnen auferlegten Beweises — — auch den Beweis zu führen, daß J. Kohnstamm zur Zeit des gegen denselben impetrirten Arrestes alleiniger Inhaber der genannten Handlung gewesen sei.

161. Mutatio libelli. Verweigerte Einlassung auf die Klage.

Es ist gegen die Kläger völlig entscheidend, daß die vom Appellanten versuchte Begründung der Passivlegitimation eine nach den Vorschriften der Ref. I. tit. 17 § 5 und 6 unzulässige mutatio libelli ist. — — — Und es kann auch gegen die Anwendung dieser Vorschriften der Reformation kein Bedenken daraus entstehen, daß der Appellat die Einlassung auf die Klage verweigert, mithin eine wirkliche Litiscontestation nicht stattgefunden hat, da nach dem Frankfurter Particularrechte

Prov. Pr. Ordg. art. 34
Verordnung vom 22. November 1842

in dem Falle, wenn die Einlassung auf die Klage wegen einer proceßhindernden Einrede, welcher Art auch diese letztere sein mag, verweigert und keine eventuelle Litiscontestation hinzugefügt ist, ipso jure das Präjudiz eintritt, daß eine affirmative Litiscontestation als geschehen angenommen wird.

162. Mutatio libelli in der Appellationsinstanz.

Die mehrerwähnte Art der Begründung der Passivlegitimation findet sich nicht nur nicht in der Klagschrift, sondern auch nicht in

den späteren Verhandlungen erster Instanz, vielmehr ist sie zuerst in dem Appellationslibelle zweiter Instanz versucht worden: daher steht, selbst abgesehen von dem in der Reformation enthaltenen Verbote einer mutatio libelli nach der Litiscontestation, diesem Versuche schon der, auch für Frankfurt geltende, Grundsatz des gemeinen Rechts entgegen, daß das neue Vorbringen in der Appellationsinstanz nicht auf andere Klagen oder Sachen, darum nicht geklagt worden, gestellt werden darf.

R. Kammer-Ger.-Ordg. Th. 3. tit. 33 § 5.

163. Vermuthung für das Fortbestehen rechtlicher Verhältnisse. Beweisauflage in Betreff der Inhaberschaft einer Handlung.

Die Kläger beschweren sich eventualiter auch noch über die Fassung des ihnen auferlegten Beweises und verlangen in zwei Puncten eine Abänderung derselben, nämlich, daß statt der jetzigen Fassung, der Appellat sei zur Zeit des gegen ihn impetrirten Arrestes Theilhaber der Handlung L. H. Kohnstamm gewesen, gesetzt werden solle, daß der Appellat

1. zur Zeit entweder der Bestellung der Waaren oder des Vergleichs oder des impetrirten Arrestes,

2. entweder alleiniger Inhaber oder doch associirter Theilhaber der genannten Handlung gewesen sei.

Von diesen beiden Anträgen konnte jedoch

1. dem zuerst gedachten nicht stattgegeben werden. Denn obgleich es an sich richtig ist, daß der Appellat auch in dem Falle, wenn er nur zur Zeit des Vergleichs und nicht mehr zur Zeit der angestellten Klage, alleiniger Inhaber oder Theilhaber der Handlung gewesen wäre, persönlich verpflichtet bleiben würde, so ist doch die hier vorliegende Klage nicht in dieser Weise angestellt, sondern gegen die Handlung L. H. Kohnstamm und auf deren Verurtheilung gerichtet, in welchem letztgedachten Maße sie nur dann gegen den Appellaten erhoben und mit ihm verhandelt werden konnte, wenn er jene Handlung noch zur Zeit der Klage repräsentirte. Indessen sind die Kläger deßhalb nicht genöthigt, den ihnen obliegenden Beweis präcis auf diese Zeit zu

richten, sondern nach dem Grundsatze, daß bei rechtlichen Verhältnissen deren Fortbestehen bis zum Beweise der Aufhebung vermuthet wird, genügt es schon, wenn sie ihrerseits die Existenz des fraglichen Verhältnisses zu einer früheren Zeit nachweisen, und würde dann der Appellat im Gegenbeweise darzuthun haben, daß dasselbe vor dem 3. September 1845 aufgehört habe; — gerade wie bei der rei vindicatio zwar der Beweissatz dahin gefaßt werden muß, daß der Kläger Eigenthümer der Sache sei, aber nur ein früherer Erwerb der letzteren bewiesen zu werden braucht.

2. Soviel den oben erwähnten zweiten Punct betrifft, so hat sich schon das Appellationsgericht in den Entscheidungsgründen hierüber dahin geäußert, daß es in dem vorliegenden Falle gleich sei, ob der Appellat Theilhaber oder alleiniger Inhaber der Handlung L. H. Kohnstamm gewesen; die Kläger verlangen jedoch einen ausdrücklichen Ausspruch über diese Modification des Beweissatzes in dem jetzigen Erkenntnisse, während der Appellat dieselbe bestreitet und den Antrag stellt, sie für unstatthaft zu erklären. Nun aber sind die von dem Appellaten vorgebrachten Gegengründe, daß nämlich die Behauptung der Kläger, der Appellat sei alleiniger Inhaber der Handlung gewesen, theils nicht in der Klagschrift, sondern erst in der Replik vorkomme, theils nicht positiv, vielmehr nur als Vermuthung aufgestellt sei, theils endlich mit ihrer Behauptung, der Appellat sei Theilhaber der Handlung gewesen, im Widerspruche stehe, offenbar ganz unerheblich. Denn soviel den ersten Grund anlangt, so kann die fragliche Angabe in der Replik auch nach den Bestimmungen der Reformation, nicht als eine unzulässige mutatio libelli betrachtet werden, da hierdurch gar nichts irgend Wesentliches verändert und die Behauptung der Klage, als ein minus, in jener Behauptung der Replik mitbegriffen ist; was aber den zweiten und dritten Grund betrifft, so steht hier nach der Darstellung der Kläger ein geheimes, dem Publicum nicht bekannt gemachtes Verhältniß im Inneren einer dritten Handlung in Frage, in welchem Falle Angaben von der Art, wie hier die Kläger sie gemacht haben, unbedenklich für zulässig zu achten und alternativ zum Beweise zu verstellen sind. Dazu kommt überdies noch, daß, selbst wenn die gedachte Behaup-

tung gar nicht vorgebracht wäre, den Klägern doch künftig nach den Grundsätzen des Beweises per aequipollens gestattet werden müßte, statt der Eigenschaft des Appellaten als Theilhaber der Handlung dessen Eigenschaft als alleiniger Theilhaber derselben zu beweisen. Demnach war, um jeder künftigen Weiterung in dieser Hinsicht vorzubeugen, dem jetzigen Erkenntnisse der darin gemachte Zusatz hinzuzufügen.

164. Grundsätze über Kostencompensation.

Weil in Ansehung des letztgedachten Punctes der Appellat dem Antrage der Kläger ohne Grund widersprochen hat und nach einer contradictorischen Verhandlung gegen ihn erkannt wird, war ein verhältnißmäßiger Theil der Kosten dieser Instanz zu compensiren.

LXXIII.

J. A. Heintz et ux. Sophia, geb. Mitscher zu Oberrad, Kläger u. Widerbeklagte

contra

J. P. Heintz Wittwe Anna Maria, geb. Schrodt, Beklagte u. Widerklägerin.

Die Kläger klagten gegen die beklagtischen Eheleute eine Forderung von fl. — in solidum ein, die der beklagtische Ehemann nicht nur schon vor Beginn des Processes anerkannt hatte, sondern in Betreff deren er sich auch alsbald in contumaciam verurtheilen ließ, während die beklagtische Ehefrau, die mit ihrem Ehemanne in Unfrieden lebte, die Forderung bekämpfte. Da der Ehemann kurz nach der Einredehandlung der Ehefrau starb, so ließen Kläger ihre Klage, soweit sie gegen die Ehefrau gerichtet war, fallen und setzten sie gegen dieselbe nur weiter fort, insofern sie Statutarerbin ihres Mannes geworden sei. Die beklagtische Ehefrau suchte nun

um Restitution gegen die Eingeständnisse und die contumacia ihres Ehemannes nach und brachte neu in Erfahrung gebrachte Einreden vor.

Das Stadtgericht erkannte am 6. Februar 1846, daß Beklagte, insofern sie als Statutarerbin ihres verstorbenen Ehemannes rechtskräftig anerkannt werden solle, schuldig sei, den Klägern die Summe von fl. — zu bezahlen, sie könnte denn beweisen:

1. daß ihr verstorbener Ehemann sich zur Zeit der Unterschrift der Urkunden [5] [10] act. und der Unterzeichnung der Rechnung [3] act. und bei Errichtung des Testaments vom 13. März 1844 nicht in einem Zustande freien Bewußtseins befunden habe, oder

2. daß die Kläger sich irgend einen Betrag aus dem Nachlasse des verstorbenen J. P. Heintz angeeignet haben. — — — rc.

Auf beiderseitige Appellation erkannte unter Kostencompensation

1. das Appellationsgericht am 8. Mai 1846:

a. daß Beklagte mit dem unter 1. nachgelassenen Beweis zu verschonen sei, dagegen den Beweis der auf p. 13 in [18] act. I. inst. vorgeschützten Einrede der Simulation zu erbringen habe,

b. daß eine Compensation der durchaus illiquiden Forderung der Beklagten mit der liquiden Forderung der Kläger wegen Cautionsleistung unstatthaft erscheine; —

2. das Oberappellationsgericht am 26. Februar 1848, daß die sententia a qua, soviel

a. den Anspruch der Kläger von der für die Beklagten geleisteten Caution betrifft, lediglich zu bestätigen, anlangend

b. die Forderung aus der Anl. n. 2 zur Klage dahin abzuändern sei, daß die Beklagte, insofern sie als Statutarerbin ihres verstorbenen Ehemannes — rechtskräftig sollte erkannt werden, schuldig sei, den Klägern die Summe von fl. — zu bezahlen, sie könnte und wollte denn — — — beweisen:

α. daß die Kläger nach dem Tode des J. P. Heintz bis zur Obsignation seines Nachlasses die aus der Wirthschaft eingegangenen Gelder und bis zu welchem Betrage bezogen, und sich in den Besitz des zum Nachlaß gehörigen baaren Geldes von fl. — oder wie viel weniger gesetzt haben, und

β. daß die Kläger sich irgend einen Betrag aus dem gedachten Nachlasse zu dem Zwecke eigenmächtig angeeignet haben, um sich dadurch für die eingeklagte Forderung zu befriedigen,

worauf, je nachdem einer oder der andere dieser Beweise geführt sein wird, zu erkennen ist, was Rechtens; wohingegen die Beklagte im Uebrigen mit ihren als Einrede der Compensation, resp. Widerklage geltend gemachten Ansprüchen theils gänzlich, theils angebrachter Maßen abzuweisen sei.

165. Klage in solidum angestellt. Das Fallenlassen der Klage gegen einen der Beklagten ist keine mutatio libelli.

Gegen den Einwand der unstatthaften mutatio libelli ist ganz entscheidend, daß die Klage ursprünglich solidarisch gegen beide Eheleute angestellt war. — — — War nun aber gleich Anfangs in solidum geklagt, so liegt in dem Fallenlassen der Klage gegen die Ehefrau auch nach Frankfurter Recht keine unzulässige Aenderung derselben, da deren Substanz sowohl in narratis, als im petitum in Beziehung auf den Ehemann unverwandelt geblieben ist.

Ref. I. 17 § 6.

166. In integrum restitutio wegen schwerer Krankheit.

Das Restitutionsgesuch ist, soweit gegen den Präclusivbescheid vom 21. Februar 1844 gerichtet, lediglich auf die schwere Krankheit des Ehemannes gegründet worden. Diese causa restitutionis, die an sich allerdings zulässig ist, könnte aber nur dann berücksichtigt werden, wenn bescheinigt zu werden vermöchte, daß sich der Ehemann der Beklagten vom Tage der insinuirten Klage an bis zum Ablauf der Frist zur Vernehmlassung in einem solchen Krankheitszustande befunden habe, daß es ihm unmöglich gewesen sei, einen Sachführer mit der Verhandlung der Vernehmlassung zu beauftragen und zu instruiren.

167. In integrum restitutio wegen Zwang.

Das Restitutionsgesuch ist, soweit gegen die ausdrücklichen Anerkenntnisse des Ehemannes gerichtet, darauf gegründet, daß er

zu denselben von den Klägern gezwungen worden sei, und es ist dieser behauptete Zwang näher durch das Anführen bestimmt, daß derselbe an einem schwerkranken, seinen Geisteskräften nicht mächtigen Manne ausgeübt worden sei, welchen man leicht habe dahin bringen können, Alles zu unterschreiben, was man ihm vorgelegt habe. Abgesehen jedoch davon, daß sich diese causa restitutionis als eine leere Erfindung herausstellt, — — — fehlt es dieser Begründung der Restitution an aller erforderlichen näheren Substantiirung. Denn es kann nicht genügen, im Allgemeinen von Zwang und Furcht zu reden, sondern, da nicht jede Furcht als Restitutionsgrund in Betracht gezogen werden kann,

L. 5 L. 6 D. quod met. caus. (4, 2)

so hätte speciell angegeben werden müssen, welcher Art die Drohungen gewesen seien, wodurch der Ehemann zur Abgabe und Unterzeichnung unwahrer und seinem Willen nicht entsprechender Erklärungen gebracht worden sei.

168. Kann ein gerichtliches Geständniß durch Gegenbeweis beseitigt werden?

Das Appellationsgericht hat die Behauptung der Beklagten, daß die Forderung, welche ihr Ehemann anerkannt haben solle, eine nicht existirende, sondern eine fingirte gewesen sei, jene Geständnisse also eine Unwahrheit enthalten und lediglich die Verkürzung der Beklagten an ihrer Statutarportion zu Gunsten der Kläger bezweckt hätte, auch als causa restitutionis sowohl gegen den Präclusivbescheid, als gegen die ausdrücklichen Geständnisse ihres Ehemannes für erheblich gehalten und zum Beweise verstellt. Allein

1. die Beklagte selbst hat aus dieser Behauptung keinen Restitutionsgrund, sondern nur eine Einrede in der Sache selbst hergenommen.

2. Es ist diese Behauptung, auch wenn bewiesen, nicht geeignet, das durch den Anwalt Dr. B. abgelegte ausdrückliche und das aus der contumacia folgende fingirte Geständniß des Ehemannes zu beseitigen. Denn die Erklärung des Anwalts ist ein förmliches

gerichtliches Geständniß, indem Letzterer eine Vollmacht des J. P. Heintz vorgelegt hat, welche ihn ermächtigte, Alles zu thun, was die Lage der Sache und das Interesse des Principals erheische, und dadurch ihm auch die Gewalt ertheilte, Geständnisse, welche keines besonderen Mandats bedürfen, abzulegen. Wenn nun gleich die Ansicht der neueren Rechtslehrer überwiegend dahin geht, daß auch das gerichtliche Geständniß nur als vollständiger Beweis aufzufassen sei und daher den Gegenbeweis nicht ausschließe,

Danz Bürgerl. Proc. § 299
Weber Beweisführ. IV. § 7
Martin Lehrbuch § 128 nte. X.
Bethmann=Hollweg Versuche p. 310 in f.

so bestimmt doch die Frankfurter Reformation der zur Zeit ihrer Abfassung nach herrschenden Lehre gemäß

Bethmann=Hollweg a. a. O. p. 295 — 296

die Wirkungen des gerichtlichen Geständnisses nach dem Grundsatze des Römischen Rechts „confessus pro judicato est" und gestattet daher nicht dasselbe, insofern es sonst rechtsbeständig ist, durch bloßen Gegenbeweis, sondern nur durch den Beweis, daß es auf einem Irrthume beruht habe, zu beseitigen.

Ref. I. 29 § 1. 2
Orth Anmerk. IV. p. 628. 629.

Das Gleiche gilt aber um so mehr von dem in Folge der contumacia eintretenden fingirten Geständnisse, da ja auch dieses ein gerichtliches ist und es sich hier sogar fragt, ob es selbst, wie das ausdrückliche, durch den Beweis des Irrthums beseitigt werden kann, was wenigstens vom Oberappellationsgerichte bereits wiederholt verneinend entschieden ist.

Derschow c. Wentzel v. J. 1840
Rathsam c. Müller u. Comp. v. J. 1841.

Da nun aber die Beklagte keineswegs ein aus Irrthum, sondern ein wissentlich abgelegtes unwahres Geständniß behauptet, so kann diese Behauptung jenen gerichtlichen Geständnissen gegenüber keinenfalls berücksichtigt werden.

169. Liquide Klage. Illiquide Compensationseinrede.

Insoweit die Compensationseinrede darauf gegründet ist, daß die Kläger nach dem Tode ihres Sohnes bis zu der eingetretenen Versiegelung des Nachlasses Gelder aus der Wirthschaft eingenommen und sich des vorhandenen baaren Geldes bis zum Belaufe von mindestens fl. — bemächtigt haben, würden, da der Klaganspruch an sich völlig liquide, diese Einrede aber nichts weniger als das ist, zwar eigentlich die allgemeinen Vorschriften eintreten, nach welchen in solchen Fällen die illiquide Compensationseinrede zum besonderen Verfahren verwiesen werden soll.

L. 14 C. de compens. (4, 31)

Da indessen diese Einrede zum Theil auf demselben factischen Fundamente beruht, wie die in diesem Processe zugelassene Einrede*) der Selbsthülfe und die L. 14 cit. dem richterlichen arbitrium allerdings einigen Spielraum läßt, so erschien es zweckmäßig, sie ebenfalls in diesem Verfahren zum Beweise zu verstellen.

170. Compensation mit einem Klaganspruch auf eine Handlung.

Da der Klaganspruch hier auf eine Handlung der Beklagten geht, nämlich auf Bewirkung der Rücklieferung der von den Klägern bei der Ortsbehörde deponirten Obligation des Jacob Horn zu Oberrad von fl. —, da gegen einen solchen Anspruch keine Compensation statthaft ist,

Thibaut Pandecten § 677

so mußte in Ansehung dieses Theils der Klage das vorige Erkenntniß lediglich bestätigt werden.

*) Es ist ein ausgemachter Satz, daß im ordentlichen Processe gegen eine liquide Klage mit der einzigen, oben erwähnten Ausnahme, auch illiquide Einreden zulässig sind, und daß hierin im vorliegenden Falle die von den Klägern angezogene Verordnung vom 20. Februar 1823 nichts ändern kann, lehrt der erste Blick in dieselbe.

LXXIV.

Joseph Anton Löffler dahier, Kläger
contra
Isaac Juntz dahier, Beklagten.

J. A. Löffler hatte die Schreinerarbeit zu dem Hausbau des Isaac Juntz gefertigt und liquidirte hierfür die Summe von fl. —. Der Beklagte weigerte die Auszahlung, weil die Arbeit mangelhaft sei. Die Partheien kamen in einem Gütetermin überein, sich dem Ausspruche zu ernennender Experten zu fügen. Nachdem über die Zulassung eines derselben durch drei Instanzen verhandelt worden war, berichteten die Experten, daß sie ihre Arbeit nicht vollständig vornehmen könnten, weil in den vermietheten Zimmern Teppiche die Einsicht der Fußböden verhinderten. Das Stadtgericht drohte hierauf am 26. Januar 1846 das Präjudiz an, Beklagter habe die vereinbarte Expertise binnen acht Tagen so gewiß geschehen zu lassen, als ansonst angenommen werden solle, daß er auf alle seine Einwendungen gegen die Rechnung des Klägers verzichte. Die Experten gaben nun ihren Bericht ab mit der Erklärung, daß sie einige Fußböden wegen der Teppiche nicht hätten ansehen können. Für diese letztere nahm das Stadtgericht in seinem Urtheile vom 18. Februar 1846 den vom Kläger geforderten Betrag an und verurtheilte den Beklagten zur Zahlung von fl. — sammt Verzugszinsen unter Compensation der Kosten. Dieses Urtheil wurde auf Appellation des Beklagten und dessen in zweiter Instanz gestellten Antrag auf Actenversendung unter Verurtheilung desselben in die Kosten bestätigt vom

Spruchcollegium zu Tübingen am 3. August 1846,
Oberappellationsgerichte am 28. Februar 1848.

171. Handwerksarbeiten als Kauf und als locatio conductio operis behandelt. Zinsen ex mora.

Die eventuelle Beschwerde des Beklagten betrifft seine Verurtheilung zur Bezahlung von Verzugszinsen seit der Insinuation der Klage, indem er principaliter auf gänzliche Freisprechung von einer Verpflichtung zur Zinszahlung, eventualiter wenigstens auf den Abzug desjenigen Zeitraums anträgt, während dessen die Verhandlungen über die von dem Kläger versuchte unzulässige Recusation des Experten K. stattgefunden hätten. Es kann nun zwar

a. freilich eine Verbindlichkeit des Beklagten zu deren Entrichtung nicht wohl dadurch begründet werden, daß bei dem Kaufcontracte der Käufer, auch wenn er nicht in mora ist, den Kaufpreis seit der Tradition der Waare verzinsen muß. Denn das hier in Frage stehende Geschäft — die Fertigung der gesammten Schreinerarbeit zu dem Hausbau des Beklagten mit Ausnahme des ersten Stockwerks — verhält sich, obgleich der Kläger das dazu verwandte Material angeschafft hat, nicht als ein Kaufcontract, sondern als eine locatio conductio operis, indem der Grundsatz, daß die Lieferung einer bei einem Handwerksmanne bestellten Sache in dem letztgedachten Falle als ein Kaufcontract behandelt wird, nur da gilt, wo die Erfüllung des Contracts lediglich in der Tradition der fertigen Sache besteht,

§ 4 J. de locat. et cond. (3, 24)
L. 20 L. 65 D. de contr. emt. (18, 1)
L. 2 § 1 D. loc. (19, 2)

hingegen nicht bei solchen Geschäften, welche unter den Begriff der locatio conductio operis fallen,

L. 20 cit.
L. 22 § 2 D. loc. (19, 2)

weil hier zur Erfüllung des Contracts wesentlich die unmittelbare Verrichtung einer Arbeit mitgehört. Eine analogische Ausdehnung jenes bei dem Kaufcontracte hinsichtlich der Zinszahlung geltenden Satzes aber auf andere Bilateralcontracte findet nicht statt, da derselbe im Römischen Rechte immer nur bei dem Kaufcontracte vorkommt, mithin, weil es Regel ist, daß ohne Versprechen oder

mora keine Zinsen bezahlt werden, als ein **jus singulare** bei diesem Contracte zu betrachten ist. Dahingegen

b. rechtfertigt sich jene Verurtheilung des Beklagten allerdings aus dem Grunde der mora, obgleich es nach dem jetzigen Berichte der Experten feststeht, daß die Rechnung des Klägers zu hoch war, er also zu viel gefordert hat, und obgleich die genaue Feststellung des richtigen Betrages derselben erst am Schlusse der gegenwärtigen Verhandlungen durch jenen Bericht erfolgt ist. Dem Richter ist nämlich in Betreff der Frage, ob durch eine stattgefundene Interpellation eine mora solvendi bewirkt worden sei, ein gewisses arbitrium nach den concreten Umständen eines jeden einzelnen Falles gestattet.

L. 32 pr. D. de usuris (22, 1)

Nun aber war hier durch den Contract vom 29. December 1842 unter den Partheien nicht etwa ausgemacht, daß der Betrag der Forderung des Klägers überhaupt erst durch Experten festgesetzt werden, sondern nur, daß, insofern der Beklagte Ausstellungen gegen die vom Kläger gelieferte Arbeit machen würde, hierüber eine Entscheidung durch Experten als Schiedsrichter erfolgen solle; und für einen großen Theil der Arbeiten waren sogar die Preise schon im Contracte selbst specificirt. Der Beklagte durfte daher die Bezahlung der Rechnung des Klägers nur insoweit verweigern, als er gerechten Grund zu Ausstellungen und deßhalb zu einem Abzuge hatte; und wie hoch dieser Letztere approximativ anzuschlagen sei, wieviel er also nach Lieferung der ganzen Arbeit mit Billigkeit von dem Betrage der Rechnung innebehalten durfte, darüber konnte er sich füglich mit seinem Baumeister K. berathen, was er nach seiner eigenen Angabe auch wirklich gethan hat. Nun aber beträgt der von der Rechnung des Klägers zu machende Abzug nach dem einstimmigen Ausspruche der drei Experten, zu welchen jener eigene Baumeister und Berather des Beklagten mitgehört, nicht mehr als fl. —, während der Beklagte einen Abzug von fl. —, mithin von dem siebenfachen Betrage gemacht und bis zu dieser Summe dem Kläger, welcher willig war, Abschlagszahlungen anzunehmen, die Bezahlung verweigert hat; in diesem exorbitanten Abzug lag demnach eine Rechtswidrigkeit, also eine mora, so wenig

es auch dem Beklagten würde zur Last gelegt werden können, wenn er zwar nicht gerade den nachher von den Experten festgesetzten Abzug präcis im voraus getroffen, jedoch billig gehandelt hätte. Unter diesen Umständen kann er, um den Vorwurf einer mora von sich abzuwenden, sich nicht auf die

L. 22 D. de usuris (22, 1)

L. 99 D. de reg. jur. (50, 17)

berufen, und er hat auch keinen Grund, sich darüber zu beschweren, daß nunmehr der Betrag der Summe, hinsichtlich welcher bei ihm eine mora angenommen worden, genau nach dem Ausspruche der Experten bestimmt ist, da die Existenz einer mora an sich klar vorliegt, und es für die Summe an jedem anderen Maßstabe fehlt. Endlich ist denn auch aus diesem Gesichtspuncte die Verzögerung der Expertise durch die von Seiten des Klägers versuchte Recusation des Experten K. ganz unerheblich; denn die widerrechtliche mora des Beklagten, welche nach der obigen Ausführung darin bestand, daß er statt eines billigen einen exorbitanten Abzug machte, dauerte während jener Zeit unverändert fort und es bedurfte nicht erst der Expertise, um den Beklagten von der Rechtswidrigkeit dieses seines Verfahrens zu überzeugen.

Inwiefern die Grundsätze von der omnis causa bei der hier vorliegenden eigenthümlichen Art des processualischen Verfahrens zur Anwendung kommen und gleichfalls eine Verpflichtung des Beklagten zur Zinszahlung motiviren könnten, kann, da der obige Grund entscheidend ist, füglich dahingestellt bleiben.

LXXV.

Johann Heinr. Arnold zu Queckborn bei Gießen, Kläger u. Widerbeklagter

contra

die Erben des Herrn Senators Dr. Joh. Friedrich Schmid dahier, Beklagte u. Widerkläger.

Beklagte hatten durch Versehen ihres Sachwalters die Einführungsfrist einer gegen ein Appellationsgerichts-Urtheil vom 17. September 1847 eingewandten Oberappellation desert werden lassen und deßhalb Restitution nachgesucht. Dieselbe wurde vom Oberappellationsgerichte am 28. Februar 1848, insofern sie den mitbeklagten Sachwalter betrifft, abgeschlagen, insofern sie jedoch dessen Mutter betrifft, gewährt. Der Sachwalter zugleich in eine Geldstrafe und in die Kosten des Restitutionsverfahrens verurtheilt.

172. In integrum restitutio wegen Versäumung der Nothfrist. Der Sachwalter als Parthei. Theilweise Restitution.

Die Restitution mußte, soviel den mitappellirenden Sachwalter betrifft, abgeschlagen — — werden, da er es ist, dem das Versehen, wodurch die Fristversäumung eingetreten ist, zur Last fällt, es aber ein ausgemachter Grundsatz ist, daß Niemand gegen einen Nachtheil restituirt werden kann, den er sich durch seine eigene culpa zugezogen hat,

L. 15 § 3 L. 16 L. 26 § 1. 6. D. ex quib. caus. maj. (4, 6)

und dann, wenn die Parthei ihre Sache selbst führt, und bei dieser Führung ein Versehen begeht, der § 160 der Oberappellationsgerichts-Ordnung natürlich nicht zur Anwendung kommen kann. Auch ist hier ein Fall, wo die Restitution, die dem Einen ertheilt wird, dem Andern, obgleich er an sich keinen Anspruch daran hat,

mit zu Gute kommt, nicht vorhanden, da dies nur etwa wegen Untheilbarkeit des Streitgegenstandes eintreten könnte, hier aber der Gegenstand eine Geldforderung, also ein theilbarer ist.

LXXVI.

Moses Zachiel Kirchheim dahier, Kläger

contra

Freiherrn Hermann v. V. zu Eichtersheim, Beklagten.

Das Oberappellationsgericht restituirte am 18. März 1848 den Beklagten gegen die bei Einführung der Oberappellation versäumte Nothfrist.

LXXVII.

Moses Zachiel Kirchheim dahier, Kläger

contra

Dr. jur. Freiherrn Maximilian von Bellersheim dahier, Beklagten.

In dieser Sache erging dasselbe Restitutionsurtheil, wie im vorhergehenden Falle.

LXXVIII.

J. C. Bauer dahier, Kläger

contra

J. G. M. Ruttmann dahier, Beklagten.

Dem Kläger wurde rechtskräftig der Beweis auferlegt, daß am 31. October 1843 die Ohm Rüböl à 280 Pfd. dahier 44 Thlr. oder wie viel weniger im Preise gestanden hat. Auf geführten Zeugenbeweis erkannte das Stadtgericht am 25. August 1845 den Beweis für erbracht und verurtheilte den Beklagten zur Zahlung der Preisdifferenz wegen Nichtlieferung von Oel sammt Zinsen vom Tage der insinuirten Klage. Auf Appellation des Beklagten wurde unter Verurtheilung desselben zum Kostenersatze dieses Urtheil bestätigt vom

Appellationsgerichte am 13. Oktober 1845,
Oberappellationsgerichte am 25. März 1848.

Das letztere Gericht verurtheilte Beklagten und dessen Sachführer wegen Mißbrauchs des Rechtsmittels in eine Geldstrafe.

173. Zeuge. Civilproceß desselben mit dem Producten.

Daß ein Civilproceß des Producten mit einem der Zeugen denselben nicht verwerflich mache, ist nach Nov. 90 c. 7 außer Zweifel, und da das Object dieses Streites, weil er beim Stadtamte geführt wird, unter fl. 300 betragen muß, so ist auch nicht einmal ein Grund für eine erhebliche Verdächtigkeit des Zeugen daraus herzunehmen.

174. Makler. Dessen Glaubwürdigkeit.

Daß Bauer am 31. Oktober selbst keine Geschäfte in Rüböl abgeschlossen hat, benimmt seinem Zeugnisse nichts, da ein an der Börse verkehrender Makler auch ohnedem durch das, was er anhört

und von seinen Collegen erfährt, über den Preis des Tages vollkommen unterrichtet sein kann.

175. Makler. Vermuthung, daß deren Aussage sich auf die Preise größerer Kaufgeschäfte beziehen.

Die in jetziger Instanz gemachte Bemerkung, daß, weil der Streit einen Handel im Großen betreffe, es auch auf den Preis ankomme, der für größere Parthien bezahlt sei, nicht aber auf den für Kleinigkeiten, hat freilich ihre Richtigkeit. Es ist aber auch bekannt, daß die Mäkler ihre Ansätze in den Preiscouranten vorzugsweise von den vorgekommenen größeren Geschäften hernehmen, und die übrigen Kleinigkeiten weniger berücksichtigen, weßhalb denn auch ihr allgemeines Zeugniß über bestanden habende Preise vorzugsweise auf größere Parthien zu beziehen ist.

176. Proceßzinsen.

Was die Zinsen betrifft, in welche Beklagter verurtheilt wurde, so ist hierbei genau genommen nicht von eigentlichen Verzugszinsen die Rede, obgleich dieser Name häufig dabei gebraucht wird, sondern die Verurtheilung des Beklagten beruht auf dem bekannten Grundsatz, daß der unterliegende Beklagte neben der Hauptsache in omnem causam, d. h. zum Ersatze alles dessen verurtheilt werden müsse, was der Kläger gehabt haben würde, wenn der Beklagte das, wozu er in der Hauptsache verurtheilt wird, schon gleich zu Anfang des Rechtsstreits geleistet hätte. Hierzu gehören aber, wenigstens nach heutigem Rechte in Gemäßheit der im

Deput.-Absch. von 1600 § 139

aufgestellten Vermuthung und nach dem entschiedenen, namentlich auch in Frankfurt angenommenen Gerichtsgebrauch, bei der Verurtheilung in Geldsummen, auch Zinsen der Condemnationssumme, ohne daß es dabei auf eigentliche mora oder auf schon gleich anfangs vorhanden gewesene Liquidität der Forderung ankommt.

Savigny System Th. 6 § 270.

177. Pluspetitio bei Liquidation eines Schadens.

Die strengen Grundsätze über die Nachtheile der pluspetitio, welche aus dem Römischen Rechte in die Frankfurter Reformation übergegangen sind, können schon ihrer Quelle nach nur auf den Fall bezogen werden, wenn der Kläger ein auf etwas Bestimmtes gerichtetes Geschäft, ein certum zum Grunde legt und die Klagforderung dies überschreitet, dürfen aber da nicht angewendet werden, wo nur von Liquidation eines Schadens und dergleichen die Rede ist, wobei sich zum Voraus gar nicht bestimmen läßt, wie hoch sich das Resultat der künftigen Liquidation belaufen werde, und daher der Kläger, von dem doch meistens die Angabe einer bestimmten Summe verlangt wird und welchem der Richter mehr, als er gefordert hat, nicht leicht zuerkennt, fast genöthigt ist, um seinem Rechte nichts zu vergeben, den muthmaßlich höheren Betrag zu fordern. — Diese Beschränkung entspricht auch ganz dem Frankfurter Gerichtsgebrauche.

LXXIX.

J. C. Kirsch dahier, Kläger und Widerbeklagter

contra

Nicolaus Schlegel zu Oberursel, Beklagten und Widerkläger.

J. C. Kirsch klagte gegen Nic. Schlegel auf Lieferung von gekauftem Weizen innerhalb 8 Tagen oder auf Entschädigung. In der Replik beanspruchte Kläger nur diese Entschädigung. Nachdem sowohl über die Modalitäten des vorliegenden Kaufgeschäftes, als über den bei Getreidehandel hier bestehenden Platzgebrauch dem Beklagten mehrfache Beweise auferlegt waren, die durch Zeugen und Sachverständige zu führen versucht wurden, erkannte das Stadtgericht am 14. Februar 1845 auf den eventuell dem Kläger zugeschobenen Schiedseid und condemnirte für den Fall

dessen Ausschwörung den Beklagten zur Lieferung der in Frage stehenden Ladungen von Weizen, eventuell zum Ersatze des erweislichen Schadens und der Proceßkosten. Auf beiderseitige Appellation erkannte das Appellationsgericht am 23. Mai 1845 daß, wenn der Kläger sämmtliche Eide ausschwöre, der Beklagte schuldig sei, demselben als Schadensersatz den Unterschied herauszuzahlen, welcher zwischen dem vertragsmäßigen Kaufpreis der — — Weizenladungen und deren Kaufpreis nach dem höchsten Preis des Weizens seit dem 23. Juni 1843 (Insinuation der Klage) bis zum Zahlungstage berechnet sich ergeben wird, welchen der Kläger für — Weizenladungen innerhalb dieses Zeitraums bezahlt haben wird, und daß er überdies schuldig sei, dem Kläger sämmtliche Proceßkosten zu ersetzen. Auf Oberappellation des Beklagten erkannte unter Vergleichung der Kosten dritter Instanz das Oberappellationsgericht am 31. März 1848, daß — — — Beklagter für den Fall der Ableistung der fraglichen Eide dem Kläger nach dessen Wahl für die nicht gelieferten — Malter Weizen den Preis, welchen der Weizen entweder zur Zeit der Insinuation der Klage gehabt oder welchen derselbe zur Zeit der Insinuation dieses Urtheils haben wird, nach Abzug des vertragsmäßigen Kaufpreises zu vergüten hat.

178. Klage auf Ersatz des Interesses beim Verzuge des Verkäufers.

Was die in Ansehung der eventuellen Verurtheilung des Beklagten von diesem beantragte Wiederherstellung des stadtgerichtlichen Erkenntnisses betrifft, so konnte zunächst nicht angenommen werden, daß Kläger sich noch eine Lieferung des Weizens gefallen lassen müsse. Denn es ist ein gesetzlich

L. 1 pr. l. 11 § 9 l. 12 D. de act. emt. vend. (19, 1)
L. 4 L. 10 C. de act. emt. et vend. (4, 49)

begründeter und von dem Oberappellationsgericht mehrfach, namentlich

Fr. S. Maas c. Mertens 1830

angewandter Grundsatz, daß beim Verzuge des Verkäufers der Käufer, statt auf Erfüllung des Vertrags zu klagen, Ersatz seines Interesses zu verlangen berechtigt ist. Durch die Klage wurde aber

der Beklagte hinsichtlich der Lieferung des Weizens in Verzug gesetzt und da er der in der Klage enthaltenen Aufforderung, den Weizen sofort und spätestens binnen 8 Tagen zu liefern oder eine Entschädigung durch Vergütung des höchsten Marktpreises zu leisten, nicht nachkam, so trat der Anspruch des Klägers auf Entschädigung von selbst an die Stelle des ursprünglich auf Lieferung des Weizens gerichteten Anspruchs. Diese Wirkung des Verzugs hätte der Beklagte zwar noch bis zur Einlassung auf die Klage durch Lieferung des Weizens beseitigen können;

L. 84 D. de verb. obl. (45, 1)

L. 57 pr. D. de sol. (46, 3)

nachdem sich derselbe aber, ohne von diesem Rechte Gebrauch zu machen, auf die Klage eingelassen, kann in der Erklärung des Klägers in der Replik, daß er lediglich die angesprochene Entschädigung verlange und von der Lieferung des Weizens in Natur abstehe, keine Aenderung der Klage, sondern nur eine Wiederholung des schon in der Klage ausgedrückten und rechtlich begründeten Verlangens gefunden werden.

179. Entschädigung. Zeitpunct der aestimatio, wenn ein dies certus solutionis fehlt.

Was den vom Beklagten zu leistenden Betrag der Entschädigung betrifft, so konnte der Anspruch des Klägers auf Entrichtung des höchsten Preises, den der Weizen seit dem Tage der Klage erreichen werde, für rechtlich begründet nicht erachtet werden. Es mußte vielmehr, wie im Urtheil geschehen, die Verpflichtung des Beklagten dahin bestimmt werden, daß er nach der Wahl des Klägers nur den Preis zu entrichten habe, welchen der Weizen zur Zeit der Insinuation der Klage hatte oder welchen derselbe zu der Zeit haben wird, wo das Urtheil dieser Instanz durch Insinuation an den Beklagten in Rechtskraft tritt. Den auf

L. 3 § 3 D. de act. emt. vend. (19, 1)

sich stützenden Grundsatz, wonach in Schuldverhältnissen, welche vorzugsweise auf Treue und Glauben beruhen, bei der Schätzung des Werths der schuldigen Sache, insofern kein bestimmter Zahlungstag in Betracht kommt, nur auf die Zeit des beginnenden

Verzugs, der auf die Zeit der Klagbehändigung zurückzubeziehenden Litiscontestation oder der Verurtheilung des Beklagten zu sehen und nur bei dem Diebe und gewaltsamen Besitzer der höchste Werth vom Anfange des Besitzes der Sache bis zur Befriedigung des Klägers zu berücksichtigen ist, hat das Oberappellationsgericht schon in mehreren Frankfurter Sachen umständlich entwickelt und zur Anwendung gebracht, z. B.

Löwenstein Wertheim c. Führer 1828
Moselli c. Bibinger 1833
Bibon c. Gebr. Bethmann 1841.

Auch ist dieser von älteren und neueren Schriftstellern aufgestellte Grundsatz wieder von

Madai Lehre von der Mora § 48
Savigny System Bd. 6 § 275

vertheidigt worden.

Die in dem angefochtenen Erkenntnisse ausgesprochene Verurtheilung des Beklagten zum Ersatze des höchsten Weizenpreises vom Tage der Klage bis zur Zahlung konnte daher einerseits ebenso wenig gebilligt, als andererseits die Pflicht, den Preis des Weizens zu vergüten, von dem Umstande abhängig gemacht werden, daß Kläger zu dem Preise der in Betracht kommenden Zeiten auch Weizen gekauft habe. Denn insoweit es sich nur darum handelt, dem Kläger ein Aequivalent für den nicht erhaltenen Weizen zu verschaffen, ist es für die Ermittelung dieses Aequivalents gleichgültig, ob Kläger auch innerhalb der Zeit, zu welcher dasselbe statt des Weizens in sein Vermögen gebracht werden mußte, Weizen zum Betrage des Aequivalents gekauft hat. Zwar konnte der Kläger während der Zeit, in welcher ihm der Beklagte vor oder nach der Klage den Weizen widerrechtlich vorenthielt, genöthigt gewesen sein, Weizen zu höheren Preisen, als jenen zur Zeit der Klage oder des Urtheils zu kaufen, und es wäre solchenfalls die Verpflichtung des Beklagten nicht zu bezweifeln, den hieraus erwachsenden oder jeden sonstigen durch seinen widerrechtlichen Verzug entstandenen Schaden neben dem Geldwerth des nicht gelieferten Weizens zu ersetzen. Allein auf eine ihm neben dem Ersatz des Werths des Weizens zu entrichtende Entschädigung hat der Kläger

keinen Anspruch erhoben, auch trifft der Preis, zu welchem Kläger anderen Weizen an Stelle des von dem Beklagten zu liefernden gekauft haben will, mit dem Preise zusammen, in welchem nach dem Zugeständniß des Beklagten der Weizen zur Zeit der Klage gestanden.

LXXX.

Hofkammerrath P. Friedrich zu Mannheim, Kläger und Widerbeklagter

contra

Carl Theodor Trackert von Heidelberg, jetzt dahier, Beklagten und Widerkläger.

In vorliegender Sache handelt es sich um den Beweis einer Reihe von Rechnungsposten, die klagend und widerklagend geltend gemacht wurden. Nach geführten Beweisverhandlungen erkannte das Stadtgericht am 19. Januar 1844:

I. Beklagter hat handtreulich an Eidesstatt anzugeloben, — — daß er nach sorgfältiger Erforschung der Wahrheit nicht wisse und nicht glaube, daß Kläger dem Advokaten Mühlbacher zu Mannheim in der Proceßsache rc. einen Vorschuß von fl. 22 geleistet habe;

II. Kläger und Widerbeklagter hat zu beschwören, daß — — er, Kläger, von im Jahre 1809 versetzt gewesenen Coupons der Lra. D. Obligationen nicht 31 oder weniger Stück erhalten habe. —

Auf Appellation des Beklagten wurde dieses Urtheil vom Appellationsgericht am 11. März 1844 mit der Erläuterung bestätigt, daß die in die Eidesformel aufgenommenen Worte „nach sorgfältiger Erforschung der Wahrheit" in dem vorliegenden Falle nur die Bedeutung haben können, daß der Appellant und Delat alle in Betracht kommenden Verhältnisse genau und gewissenhaft in Erwägung ziehe, bevor er seinen Schwur leistet, nicht aber, daß er weitaussehende und kostspielige Erkundigungen anstelle.

Auf Oberappellation des Beklagten erkannte unter Kostencompensation das Oberappellationsgericht am 31. März 1848, daß das Handgelöbniß sub I. dahin: „daß er nach genauer und gewissenhafter Erwägung aller in Betracht kommenden Verhältnisse und nach sorgfältiger Durchsicht seiner, diese Angelegenheit betreffenden Papiere weder wisse, noch glaube, daß rc.“ und daß der sub II. dem Kläger auferlegte Eid dahin, „daß er, Kläger, außer den geständlich vom Beklagten empfangenen 67 Stück Coupons der Lrn. D. Obligationen von im Jahre 1809 versetzt gewesenen Coupons gedachter Obligationen nicht noch weitere 31 oder weniger Stücke erhoben habe“, genauer zu formuliren seien.

180. Glaubenseid.
(cf. Bd. II. Nr. 42. Nr. 254.)

Was die Beschwerde des Beklagten, daß die ihm auferlegte Handgelöbnisse an Eidesstatt auf sorgfältige Erforschung der Wahrheit und auch auf Nichtglauben gestellt seien, betrifft, so hat das Oberappellationsgericht abweichend von den neueren Processualisten, welche nur den Erben in Beziehung auf Handlungen des Erblassers für schuldig achten, sein Nichtglauben zu beschwören,

Martin Lehrbuch § 224 nte. i.
Linde Lehrbuch § 302 a. E.

von jeher dem richterlichen Ermessen hierin eine größere Freiheit eingeräumt und angenommen, daß auch andere Personen, als der Erbe, über Thatsachen, von denen sie nicht aus eigener unmittelbarer Wahrnehmung Wissenschaft haben (facta aliena) de credulitate, d. h. darüber, daß sie an die Wahrheit dieser Thatsachen keinen bestimmten Glauben haben, zu schwören wenigstens dann anzuhalten seien, wenn mit Grund anzunehmen stehe, daß sie im Stande seien, eine, wenn auch nur wahrscheinliche Wissenschaft von denselben sich zu verschaffen. Und dieser Grundsatz konnte im vorliegenden Falle nur dahin führen, die vorigen Erkenntnisse in diesem Puncte zu bestätigen. Denn zunächst berechtigt das zwischen den Partheien bestehende Verhältniß naher Schwägerschaft und langjähriger Geschäftsbeziehungen im Allgemeinen schon zu der

Annahme, der Beklagte werde den Kläger genugsam kennen, um einen Glauben darüber zu haben, ob derselbe seinem Character nach zu wahrheitswidriger Angabe über gemachte Auslagen fähig sei. Was aber die einzelnen Posten (Vorschuß an einen Advocaten und Botenlohn) betrifft, — — so darf wohl angenommen werden, daß der Beklagte eine gewisse Ueberzeugung von der Richtigkeit der Forderung, wenn nicht haben, doch sich zu verschaffen im Stande sein werde. — — Ueberdies kommt in Betracht, daß bei so unbedeutenden und zugleich so genau specificirten Rechnungsposten, deren Richtigkeit alle Wahrscheinlichkeit für sich hat, billig nur auf eidliche Bestärkung durch den Kläger hätte erkannt werden sollen und daß es daher um so unangemessener sein würde, den Beklagten mit dem bloßen Eide über sein Nichtwissen abkommen zu lassen.

181. Glaubenseid. Clausel „nach sorgfältiger Erforschung der Wahrheit".

Die in die Eidesformel eingerückte Clausel „nach sorgfältiger Erforschung der Wahrheit" kann, nachdem das Appellationsgericht in seinem Urtheile sie dahin erläutert hat, daß der Beklagte nur vor Leistung des Eides alle in Betracht kommende Verhältnisse genau und gewissenhaft in Erwägung zu ziehen, nicht aber weitläufige und kostspielige Erkundigungen anzustellen habe, welches letztere bei der Unbedeutendheit der Posten freilich unpassend sein würde, dem Beklagten nicht mehr zur Beschwerde gereichen. Denn jene Verpflichtung liegt einer Parthei, die einen Glaubenseid schwören soll, ohnehin ob, daher es auch unerheblich ist, daß der Kläger bei seiner Eidesdelation diese Clausel nicht gebraucht hat.

Um den Beklagten vollständig zu befriedigen, hat es indessen angemessen geschienen, nicht nur die Clausel, sowie sie vom Appellationsgericht erläutert ist, in die Eidesformel selbst aufzunehmen, sondern, da der Beklagte es rügt, daß nicht darin angegeben stehe, welche denn die in Betracht zu ziehenden Verhältnisse seien, der Kläger aber anführt, daß er mit seiner Rechnung vom 9. December 1826 wahrscheinlich auch dem Beklagten die Quittung des Advocaten Mühlbacher übersendet habe, der Clausel auch der Zusatz „nach sorgfältiger Durchsicht seiner, diese Angelegenheit betreffenden Papiere" hinzuzufügen.

182. Erfüllungseid. Richterliches Ermessen bei dem Beweise durch einen untadelhaften Zeugen.

Es konnte allerdings in Frage kommen, ob nicht, abweichend von den vorigen Richtern der Beweis hinsichtlich dieser 24 Coupons für bis zum Erfüllungseide geführt zu erkennen sei. Allein, wenngleich die Ref. I. 39 § 7 die Erkennung des Suppletoriums namentlich dann für statthaft erklärt, wenn der Beweispflichtige seinen Anspruch durch einen untadelhaften Zeugen halb erwiesen hat, so bleibt doch das richterliche Ermessen in solchem Falle nicht ausgeschlossen. Da nun, wenn man auch davon absehen will, daß der Beklagte — worauf die Reformation doch besondere Rücksicht genommen wissen will — sich im Laufe des ganzen Processes so dargestellt hat, daß man nicht geneigt ist, ihm so viel Glauben zu schenken, als dem Kläger, hier der Umstand wesentlich in Betracht kommt, daß nach der Aussage des Zeugen die Verrechnung der 24 Stück Coupons an den Kläger lediglich durch den Zeugen geschehen ist, der Beklagte also, wenn zum Erfüllungseide zugelassen, nicht ein eigenes Factum, sondern ein Factum des Zeugen zu beschwören hätte, während beim Kläger die von ihm selbst persönlich geschehene Erhebung der gedachten Coupons Gegenstand des Eides sein würde, — da ferner es bei dem von den vorigen Richtern erkannten Eide des Klägers jedenfalls hinsichtlich der 7 Coupons, welche der Beklagte noch außer den 24 dem Kläger geliefert zu haben behauptet, ohne dafür einen genügenden Beweis erbracht zu haben, sein Bewenden behalten müßte und endlich nach der Reformation im Zweifel eher der beklagte Theil, also hier, wo es von einem Posten der Widerklage sich handelt, der Kläger zum Eide gelassen werden soll,

Ref. I. 39 § 8

so mußte man hierfür sich entscheiden und zwar, da darüber, daß nicht auf einen Reinigungseid erkannt sei, der Beklagte, der doch sogar die Fassung des deferirten Eides zum Gegenstande eines Gravamen macht, eine eventuelle Beschwerde überall nicht aufgestellt hat, mit den vorigen Richtern auf das juramentum delatum erkennen.

183. Reservation der Eidesdelation. Verfahren.

Wenn in Betreff der Formulirung der deferirten Eide der Beklagte sich darüber beschwert, daß, obgleich er sich die Eidesdelation bloß reservirt habe, die drei auf die Coupons sich beziehenden Eide ohne vorgängige Verhandlung vom Stadtgerichte formulirt worden seien, und verlangt, daß darüber noch jetzt eine Verhandlung in erster Instanz eröffnet werde, so war dem nicht stattzugeben. Denn

1. wenn auch eine innerhalb der Beweisfrist vorgenommene bloße Reservation der Eideszuschiebung für zulässig und ebenso wirksam erachtet wird, als die wirkliche eventuelle Delation, so besteht doch ein Hauptgrund dafür eben darin, daß dadurch kein Aufenthalt in der Sache verursacht wird. Da es nun dem wirklichen Deferenten nach gemeinem Processe obliegt, innerhalb des Beweisverfahrens bestimmt anzugeben, auf welche Puncte er den Eid gestellt haben will,

Linde Lehrbuch § 303

und er, wenn er dies unterlassen und der Richter nun den Eid ex officio formulirt hat, zwar sich über diese Fassung beschweren, nicht aber verlangen kann, daß darüber ein besonderes Verfahren eröffnet werde, so steht dieses Letztere auch dem nicht zu, welcher sich die Eidesdelation nur reservirt hat, weil es dem Grunde, auf welchem die Zulässigkeit der bloßen Reservation beruht, widerstreiten würde, wenn ihm mehr Recht eingeräumt würde, als dem wirklichen Deferenten.

2. Wenn dem aber auch nicht so wäre, so würde doch in diesem Falle mit Recht über das Verlangen einer weiteren Verhandlung hinausgegangen sein, da die einzigen Erinnerungen, welche der Beklagte bis jetzt gegen die Formulirung des ersten und zweiten Beweissatzes vorzubringen vermocht hat, wie schon vom Appellationsgerichte und dem Kläger bemerkt worden, ganz offenbar frivol sind und es, da nicht anzunehmen steht, daß er erheblichere aufzustellen im Stande, mithin schon jetzt klar ist, daß ihm durch das Abschneiden der begehrten Verhandlung kein Nachtheil zugefügt sei.

K. G. O. v. 1555 III. tit. 34 § 1 i. f.

184. Eidesformel. Regulirung derselben.

Es erschien angemessen, der Eidesformel über den zweiten Beweissatz — — eine dem wahren Sinne des Beweissatzes mehr entsprechende genauere Fassung zu geben, was, obgleich der Kläger darauf keinen Antrag gestellt, vielmehr den Eid, so wie er jetzt noch lautet, bereits acceptirt hat, gleichwohl, da es sich nur davon handelt, der ganz unzweifelhaften Meinung, daß nemlich der Kläger außer den geständlich empfangenen 67 Coupons nicht noch weitere 31 Stück erhoben habe, einen genaueren Ausdruck zu geben, unbedenklich von richterlichem Amtswegen wahrzunehmen war.

Wernher obs. for. T. 1 P. 1 obs. 69 cum suppl.
Boehmer Electa juris civ. T. 2 Nr. 14 § 15.

LXXXI.

Johannes Linck'sche Debitmasse dahier, Implorantin
contra
Johann Rudolf May dahier, Imploraten.

J. R. May stellte gegen die Johannes Linck'sche Debitmasse die Insatzklage an, ohne sich in Ansehung der Insatzforderung in den Concurs einzulassen, und erbot sich dabei zur Ausstellung eines Reverses in Betreff der eventuellen Restitution. Der Curator der beklagten Debitmasse erklärte sich bereit, gegen den anerbotenen Revers Capital nebst Zinsen an den Kläger abzutragen. Nachdem May den Revers ausgestellt und das Capital nebst Zinsen und Kosten empfangen hatte, wurde einige Jahre später das Pfandobject von der Curatel veräußert: der Erlös ertrug aber nicht so viel, daß dadurch die May'sche Insatzforderung nach Abzug der älteren Insatzposten gedeckt sein würde. Der Curator der J. Linck'schen Debitmasse verlangt nun, daß May den Ausfall zum Behuf der gleichen Vertheilung unter alle chirographarischen Gläubiger zurückbezahle. Das Stadt-Gericht verfügte am

20. März 1846 diese Rückzahlung. Auf Appellation des Imploraten erkannte unter Kostencompensation das Appellations-Gericht am 10. Juni 1846, daß Implorat zu der fraglichen Rückzahlung nicht verbunden sei. Auf Oberappellation der Imploranten wurde unter Verurtheilung derselben in die Kosten dieses Urtheil vom Oberappellations-Gericht am 13. April 1848 bestätigt.

185. Abfindung des Insatzgläubigers durch die Concursmasse.

Es ist von selbst klar, daß eine Verpflichtung des Imploraten zur Rückzahlung des Ausfalles, abgesehen von einem besonderen in dem Reverse enthaltenen Versprechen, nicht durch die bloße Regel begründet werden kann, daß ein Insatzgläubiger entweder sich in den Concurs einläßt oder im Wege der Insatzklage seine Befriedigung durch den Insatz — mittelst eines Verkaufes oder einer Adjudication desselben — erlangt, nicht aber in dem Falle, wenn, wie hier, der Curatel, um eine angestellte Insatzklage und die Subhastation des Grundstücks abzuwenden, freiwillig, weil sie dies als für die Masse vortheilhafter betrachtet, dem Insatzgläubiger seine Forderung voll bezahlt. In diesem letzteren Fall kann natürlich nicht die Rede sein, daß die Curatel von der einmal definitiv getroffenen Vereinbarung deßhalb wieder zurücktreten könnte, weil diese nachher wegen des Ausfalls des Verkaufs für die Masse nachtheilig wird; vielmehr muß die Masse, welche sich hier ganz wie ein dritter Besitzer verhält, nach bekannten Rechtsgrundsätzen

L 55 D. pro socio (17, 2)

L 22 § 3 C. de furtis (6, 2)

ebensowohl den Nachtheil tragen, wie sie den möglichen Gewinn gehabt haben würde.

Demnach kommt es nur auf den vom Appellaten ausgestellten Revers an. — — — Aber das in diesem Reverse enthaltene Versprechen besteht keineswegs darin, in dem Falle, wenn bei dem künftigen Verkauf der Grundstücke deren Erlös weniger betragen sollte, als zur vollständigen Deckung des Insatzpostens des Appellaten nach Abzug der älteren Insatzposten erforderlich sei, die Differenz zur gleichen Vertheilung unter alle chirographarischen Gläu-

biger zurückzugeben, sondern lediglich darin, daß eine Rückzahlung in dem — nicht eingetretenen — Falle, wenn die nach der Verordnung vom 10. Januar 1837 privilegirten und die älteren Insatzgläubiger ihre Befriedigung aus anderen Mitteln der Masse nicht würden erhalten können, zum Besten dieser Gläubiger stattfinden solle.

186. Befriedigte Gläubiger im Concurse im Gegensatze zu gleichstehenden unbezahlte Gläubiger.

Es ist unstatthaft, wenn die Massecuratel die Worte des Reverses „soviel wiedererstatten zu wollen, als zur Befriedigung vorgehender Gläubiger nöthig sein würde, wenn diese aus anderen Mitteln der Masse ihre Befriedigung nicht erhalten könnten" so auslegen will, daß unter den „vorgehenden Gläubigern" auch die chirographarischen Mitgläubiger des Appellaten mitbegriffen seien, insoweit er aus der Masse mehr, als den für ihn übrig bleibenden Erlös der Unterpfänder erhalten hat, weil sie gleichen Theil hieran mit ihm hätten, ihm also zu ihrer Rata vorgingen. Jene Gläubiger sind keine vorgehende, sondern gleichstehende Gläubiger, unter welchen, namentlich in dem ganz analogen Falle, wenn bei Ueberschuldung der Erbschaft der Beneficialerbe einzelne, sich zuerst anmeldende, chirographarische Gläubiger voll bezahlt hat, der Grundsatz gilt, potior est conditio occupantis.

Glück Commentar Th. 41 p. 368 — 371.

187. Kostencompensation.

Der Umstand, daß das Decret des Stadtgerichts erlassen wurde, ohne den Appellaten zu hören, ist für die Frage der Kostencompensation in zweiter Instanz unerheblich, da es bei derselben nur auf die Verschiedenheit der Ansicht des Richters erster und zweiter Instanz, nicht aber auf das Vorhandensein von zwei der Rechtskraft fähigen Erkenntnissen ankommt und da für das Stadtgericht das vollständige factische Material, um eine gewisse Ansicht über die Sache fassen zu können, bereits in den Acten vorlag.

LXXXII.

Wittwe Esther Stiebel, geb. Schloß dahier, Implorantin.

Wegen Inventur des Nachlasses des Seligman Samuel Stiebel führte Implorantin gegen das Erkenntniß des Appellationsgerichts vom 2. Dec. 1844 die Oberappellation aus. Das Oberappellationsgericht erklärte am 18. April 1848 das Rechtsmittel für desert, weil bei Einführung der Extrajudicialappellation die Anführung der Beschwerden unterlassen war.

LXXXIII.

Rechneiamt als Vertreter des städtischen Fiscus dahier, Intervenient und Widerbeklagter

contra

Johann Georg Hümmer und Wittwe Margaretha Barbara Bauer dahier, Imploranten, Interventen und letztere auch Widerklägerin

ad causam

des Nachlasses des verstorbenen Joh. Georg Hümmer von Obericelsheim.

Nachdem für den Nachlaß des unehelich geborenen J. G. Hümmer vom Stadtgericht ein Curator bestellt war, traten J. G. Hümmer und Wittwe Bauer vor diesem Gerichte die Erbschaft, zu welchem sie sowohl nach dem Rechte seiner Herkunft, als eventuell auch nach dem Frankfurter Rechte als Muttergeschwister ab intestato berufen zu sein behaupteten, an und baten um Immission. Der Nachlaßcurator, dem diese Imploration vom

Gerichte zur Erklärung mitgetheilt wurde, widersprach dem Gesuch der Imploranten, weil hier nicht das Recht der Herkunft des Verstorbenen, sondern nur die Frankfurter Reformation zur Anwendung kommen könne und diese die mütterlichen Verwandten unehelicher Kinder von deren Beerbung ausschließe. Mit der Gegenerklärung der Imploranten schloß dieses Verfahren ohne Resultat ab. Die Fiscalbehörde, die für den Fall der Nichtberechtigung der Imploranten zur Einziehung dieses Nachlasses als bona vacantia befugt sein würde, beauftragte vielmehr den Curator zur Geltendmachung ihrer Rechte, und der letztere trat demgemäß als Anwalt des Rechneiamts mit einer Interventionsklage auf, in welcher er bat, unter Abweisung des implorantischen Gesuchs das Rechneiamt in die Erbschaft einzuweisen. Der Proceß wurde nunmehr bloß zwischen den beiden Erbschaftsprätendenten fortgeführt, nachdem die Wittwe Bauer noch eine eventuelle Widerklage auf Bezahlung geleisteter Alimente angestellt hatte.

Das Stadtgericht erkannte am 8. Juni 1846 unter Verurtheilung der Interventen in die Kosten:

I. Die Interventen werden mit den erhobenen Erbansprüchen an den Nachlaß des Johann Georg Hümmer abgewiesen.

II. Die Einweisung des Intervenienten in den Nachlaß soll erfolgen, nachdem gegenwärtiges Urtheil die Rechtskraft beschritten hat.

III. Die Entscheidung über die Widerklage bleibt bis zur rechtskräftigen Erledigung der Vorklage ausgesetzt.

Auf Appellation und Antrag auf Actenversendung von Seiten der Interventen erkannte unter Compensation sämmtlicher Kosten das Spruchcollegium zu Tübingen am 10. Mai 1847, daß die Intervention des Fiscus abzuweisen sei.

Auf Oberappellation des Intervenienten erkannte unter Compensation der Kosten der zweiten und dritten Instanz das Oberappellationsgericht am 18. April 1848:

I. Würde Intervenient die in seiner Klagschrift dafür, daß der verstorbene J. G. Hümmer in Frankfurt zur Zeit seines Todes wohnhaft gewesen, angeführten Umstände — — — — wie

Recht erweisen und aus dem geführten Beweise sich ergeben, daß der Verstorbene in Frankfurt zur Zeit seines Todes seinen Wohnort gehabt habe, so kommt dessen Nachlaß ihm zu und er soll in denselben eingewiesen werden. Auch sind alsdann die Gegner verpflichtet, ihm die seit dem 27. Januar 1846 in der ersten Instanz erwachsenen Kosten zu ersetzen.

Mißlingt aber dieser Beweis, so hat er an dem libellirten Nachlaß keinen rechtlichen Erbanspruch und ist den Gegnern die ihnen seit dem ebengedachten Tage erwachsenen Kosten erster Instanz zu erstatten schuldig.

II. Wenn alsdann Interventen innerhalb drei Wochen durch ein Zeugniß der Gerichtsbehörde des Geburtsorts des Verstorbenen, Obericelsheim in Bayern nachweisen, daß nach dort geltendem Rechte die Verwandten der Mutter eines verstorbenen unehelichen Kindes in Ermangelung näher berechtigter Intestaterben zur gesetzlichen Erbfolge desselben zugelassen werden, so sind sie als die gesetzlichen Erben dieses Nachlasses anzuerkennen und sollen in den Besitz desselben — — eingesetzt werden.

III. Mit ihrer eventuell erhobenen Widerklage werden Interventen unter Verurtheilung in die Kosten zur Zeit abgewiesen.

188. Hereditatis petitio in Form einer Intervention. Beweislast.

Nach der Sachlage entsteht die Frage, ob zugleich in dem ursprünglichen Proceß der Imploranten gegen den Nachlaßcurator und in dem des Rechneiamtes gegen die Imploranten oder blos in dem letzteren zu erkennen sei. Der Richter erster Instanz ist von der ersteren Ansicht ausgegangen, indem er einerseits die Interventen (Imploranten) mit ihrem gegen den Nachlaßcurator gerichteten Gesuche um Immittirung in die Erbschaft abgewiesen, andererseits die Einweisung des Intervenienten in den Nachlaß ausgesprochen hat. Der Richter zweiter Instanz hat dagegen — wie es scheint, ohne sich dieser Differenz bewußt zu werden — lediglich in dem Interventionsprocesse gesprochen, indem er den Intervenienten mit seinem Immissionsgesuch abwies, ohne sich über das Recht der Interventen am Nachlasse im Urtheil auszusprechen: so durchgängig auch die Entscheidungsgründe es

anerkennen, daß es sich hier um das bessere Recht, resp. die Ausschließung des einen streitenden Theils durch den anderen handele. Dieser Unterschied ist aber nicht bloß in processualischer Hinsicht, sondern auch für die Sache selbst von Wichtigkeit, indem, wenn auf die letztere Weise erkannt wird, darin bloß die richterliche Entscheidung liegt, daß der Frankfurter Fiscus kein Recht auf den Nachlaß habe, womit gar wohl verträglich ist, daß den Interventen ebenfalls kein Recht an demselben zustehe und daher, wenn sie ihr Erbrecht gegen den Nachlaßcurator geltend machen wollten, der darüber entscheidende Richter sie immer noch abweisen könnte, ohne daß sie sich auf eine res judicata berufen dürften, wogegen, wenn auch erkannt wäre, daß ihnen das Erbrecht zustehe, ihnen dieses auch gegen den Nachlaßcurator zu Statten käme.

L. 15 D. de except. rei jud. (44, 2)

L. 11 pr. § 3. D. de jurejur (12, 2)

Für die Auffassung des zweiten Richters scheint nun zu sprechen, daß theils der erste Proceß gegen den Nachlaßcurator mit der Replik zu Ende gegangen ist, also noch vor erlangter Spruchreife von den Partheien aufgegeben worden zu sein scheint, theils die Petita der Interventen dem Intervenienten gegenüber immer bloß auf Abweisung desselben, nicht auch auf Anerkennung ihres eigenen Erbrechts lauten. Allein überwiegende Gründe rechtfertigen die entgegengesetzte Ansicht.

Schon die Bezeichnung der Klage des Rechneiamts als einer Intervention führt auf den Gesichtspunct, daß nach Absicht der Partheien der ursprüngliche Antrag der Interventen auf Anerkennung ihres Erbrechts und Immission in den Nachlaß nicht aufhören sollte, Gegenstand der richterlichen Entscheidung über das ganze Verfahren zu sein, denn jede Intervention setzt einen Hauptproceß voraus, dem sie sich nur anschließt. Dieselbe Ansicht spricht sich aber auch in allen Verhandlungen des Interventionsprocesses ganz unverholen aus, da die Partheien nicht bloß darüber, ob Intervenient zur Einziehung des libellirten Nachlasses berechtigt sei oder nicht, sondern darüber, ob der Interventen oder des Intervenienten Anspruch auf diese Erbschaft begründet sei, streiten und die ersteren also ihren dem Nachlaßcurator gegenüber gestellten An-

trag auch dem Rechneiamt gegenüber festhalten. Das Bedenken, daß das Verfahren über die ursprüngliche Imploration der Interventen nicht zum spruchreifen Ende gediehen sei, erledigt sich durch die Art und Weise, wie dasselbe in diesen Interventionsproceß übergegangen ist, von selbst. Der Nachlaßcurator hatte mit seinem Widerspruche gegen die Imploration der vermeintlichen Intestaterben nur das Interesse anderweitiger, damals noch unbestimmter Nachlaßprätendenten zu vertheidigen. Als der Frankfurter Fiscus als solcher auftrat und sich weiterhin ergab, daß nur dieser und die imploratischen Anverwandten Ansprüche auf den Nachlaß geltend machten, erlosch sein stellvertretendes Widerspruchsrecht von selbst und der bisherige Proceß ging in den Erbschaftsstreit der Interessenten selbst über, dergestalt, daß der Curator als solcher nur noch die Verwaltung der Erbschaft für den künftigen Sieger behielt. Die Klage zwischen den jetzigen streitenden Theilen ist daher auch als eine gegenseitige hereditatis petitio zu betrachten, indem der Besitz pro herede für jeden zugleich vom Curator, wie von einem Sequester verwaltet und jeder von dem anderen kraft seines vermeintlichen Erbrechts belangt wird.

L. 15 D. cit.

Dabei bewirkt jedoch die Priorität der Imploration der Verwandten, daß sie in processualischer Hinsicht, wie der Provocat in einem judicium duplex als Beklagte, anzusehen sind und den Fiscus zunächst die Beweislast trifft.

189. Nach welchen Gesetzen bestimmt sich die Intestaterbfolge?

Eine wichtige Vorfrage ist die, nach welches Ortes Rechte der vorliegende Proceß entschieden werden soll, resp. was für ein Recht dieses sei. Das Rechneiamt geht nämlich von der Behauptung aus, daß der Erblasser in Frankfurt domicilirt gewesen sei und stellt demgemäß seinen Anspruch auf die Frankfurter Reformation, welche die mütterlichen Verwandten eines unehelichen Kindes von dessen Erbschaft ausschließe, eventuell behauptet es jedoch auch dann zur Vindication der Erbschaft als bona vacantia berechtigt zu sein, wenn man das Recht der Herkunft des Verstorbenen zur Anwendung bringe; denn in Oberickelsheim, wo er von dortigen bayeri-

schen Unterthanen geboren sei, — — — gelte das Preußische Landrecht und nach diesem stehe den mütterlichen Verwandten eines Unehelichen ebenfalls kein Intestaterbrecht zu. Die Verwandten bestreiten dagegen mit dem angeblichen Domicil des Verstorbenen in Frankfurt auch die Anwendbarkeit des Frankfurter Rechts auf diesen Erbrechtsfall und nehmen die Erbschaft nach dem Rechte der origo des Verstorbenen in Anspruch, welches aber nicht das Preußische Landrecht, sondern das in Bayern geltende gemeine Recht sei; nur eventuell behaupten sie, auch nach der Frankfurter Reformation den Fiscus auszuschließen.

Es leidet nun nach der jetzt allgemein herrschenden Ansicht — vergl. die Citate bei

Glück Intestaterbfolge p. 162.
Wächter im Archiv für civ. Prax. Bd. 25. p. 193—195. p. 363.

keinen Zweifel, daß die Intestaterbfolge sich zunächst nach den Gesetzen des Wohnorts des Verstorbenen bestimmt. Daß bei Personen, welche keinen Wohnort haben, das Recht des Orts ihrer Herkunft entscheide, ist weit weniger ausgemacht, da viele sowohl ältere, als neuere Rechtslehrer uud Practiker z. B.

Struv. synt. jur. civ. exercit. XXXVIII. § 44.
Glück Intestaterbf. p. 166 ss.
Mühlenbruch Pandecten, Bd. 3. § 624.

die Gesetze des Orts, wo der Erblasser gestorben ist, zur Anwendung bringen wollen. Diese Ansicht beruht jedoch nur auf dem unzutreffenden Grunde, daß der Vagabunde an diesem Orte auch seinen Gerichtsstand habe, nach dessen Vorschriften er alle seine Handlungen einrichten müsse. Denn wenn auch das letztere für den Umfang der Regel locus regit actum, mithin für Handlungen als solche richtig ist, so kann man doch weder behaupten, daß der zufällige augenblickliche Aufenthalt zur Zeit des Todes die Präsumtion begründe, der Sterbende habe nach den ihm vielleicht völlig unbekannten Gesetzen dieses Orts beerbt sein wollen, noch auch, es sei muthmaßliche Absicht des Gesetzgebers, seine Successionsgesetze auf Fremde, die momentan innerhalb seines Territoriums

sich aufhalten und daselbst sterben, anzuwenden. Richtiger nimmt daher die Mehrzahl der Rechtsgelehrten z. B.

Stryk de succ. ab int. I. 4. § 6.

Wernher obs. for. Tom. I. p. III. obs. 237.

Berger Oecon. jur. 2. 4. th. 46. nte. 6.

Koch succ. ab intest. § 15.

v. Wening-Ingenheim Civilr. I. § 22. nte. gg.

an, daß bei Beerbung eines Vagabunden die Gesetze des Orts seiner Herkunft, an welchem er auch sein forum generale habe, für alle statuta personalia eben deßhalb entscheidend bleiben, weil er keinen anderen örtlichen Mittelpunct seiner Lebensverhältnisse gewählt habe. Als ausgemacht ist ferner zu betrachten, daß, obgleich an sich der Richter von Amtswegen das Recht kennen muß, nach welchem er zu entscheiden hat, doch die factischen Voruntersuchungen, von denen die behauptete Anwendbarkeit eines bestimmten objectiven Rechts abhängig ist — für das Frankfurter Domicil, resp. die Herkunft des Verstorbenen aus Obericelsheim — den gewöhnlichen Regeln über die Beweislast der Partheien unterliegen.

190. Nach welchen Gesetzen bestimmt sich das Recht des Fiscus an die bona vacantia eines Verstorbenen?

— — Es stehen die Partheien hinsichtlich der für ihr behauptetes Recht in Bezug genommenen objectiven Rechte einander nicht gleich. Die Interventen würden sich allerdings sowohl auf das Recht der Herkunft, als auf das des Wohnorts des Verstorbenen berufen können, insofern ihnen dieselben überhaupt nur Erbrechte ertheilten, denn sie behaupten ein verwandtschaftliches Erbrecht, also ein allgemein menschliches und schlechthin privatrechtliches Verhältniß, hinsichtlich dessen nicht zu bezweifeln steht, daß es ohne Rücksicht auf ihren Wohnort oder ihrer Staatsangehörigkeit ihnen von jedem Gerichtshof zuerkannt werden muß, wenn die fragliche Verwandtschaft, beziehungsweise das daran geknüpfte Erbrecht, in dem zur Anwendung kommenden Rechte begründet ist. Ganz anders mit den Intervenienten: das Recht des Fiscus an den bona vacantia, worauf er seine Ansprüche gründet, ist nicht ein allgemein menschliches, sondern ein bestimmt politisches.

Wenn daher das Recht irgend eines Landes dem Fiscus ein solches Recht zuerkennt, so meint es der Natur der Sache nach nur den Fiscus dieses Landes. Daraus folgt, daß Intervenient seine Ansprüche nur auf das Recht der freien Stadt Frankfurt, nicht eventuell auf das des Ortes der Herkunft des Verstorbenen gründen kann, weil, wenn auch nach dem letzteren Rechte im vorliegendem Falle eine Erblosigkeit einträte, der von ihm berufene Fiscus nur der königlich bayerische sein würde.

191. Succession des Fiscus in die bona vacantia als Universalerwerb.

Unbestritten ist — —, daß auch die Succession des Fiscus in bona vacantia als Universalerwerb lediglich nach dem Rechte des persönlichen Forums des Verstorbenen ohne Rücksicht auf die Belegenheit der Erbschaftssachen sich bestimmt.

192. Intestaterbrecht entfernter Verwandter am Nachlasse Unehelicher.

In Betreff der Frage, ob das Frankfurter Recht die mütterlichen Anverwandten eines unehelich Geborenen von dessen Beerbung ausschließt, lautet die einschlagende Stelle der Ref. V. tit. 1 § 13. 14 also: Von Erbschaft der natürlichen oder Liebkinder, so von zwei ledigen Personen außerhalb der Ehe gezeuget, auch von Kindern aus verdammter Geburt. § 13. Wiewohl solche Kinder unter uns Christen billig nicht sein sollten, angesehen der göttlichen Gebot auch unser und sonst allerlei Polizeiordnungen und Statuten. Jedoch dieweil dieselben sich auch finden, so ordnen und wollen wir, daß es mit denselben natürlichen Kindern, vermöge der kaiserlichen Rechten (wenn es zu den Fällen kommt) soll gehalten werden. Nämlich, daß dieselben aus väterlichen Nahrungen weiter nichts, denn was dieselben Recht in bestimmten Fällen ihnen zu geben: Aber in der mütterlichen Erbschaft, gleich wie rechte eheliche Kinder (im Fall die Mutter dieselben hernach bekommen hätte) erben mögen: § 15 doch sollen solche natürlichen Kinder ihre Geschwister, so folgends von der Mutter oder auch Vater ehelich geboren, deßgleichen auch ihre Anherrn, Anfrauen, noch andere derselben gesippte Freunde nicht erben, sondern von denen Erbschaften ausgeschlossen sein.

Aus diesen gesetzlichen Bestimmungen entnehmen die Interessenten und mit ihnen die Verfasser der **sententia a qua**, daß ersteren als Muttergeschwistern des unehelich geborenen Erblassers nach gemeinem römischen Recht ein Intestaterbrecht zustehe, denn § 13 schreibe vor, daß für die Intestatsuccessionsverhältnisse der Unehelichen die kaiserlichen Rechte gelten sollten, nach welchen der Uneheliche bekanntlich die mütterlichen Verwandten ganz ebenso beerbe und wiederum von ihnen beerbt werde, wie der Eheliche; § 14 mache aber davon nur die als solche strict zu erklärende Ausnahme, daß die mütterlichen Verwandten den Unehelichen nicht beerben sollen.

Intervenient behauptet dagegen: aus dem Princip der Reciprocität der Intestaterbberechtigungen folge, daß, wenn nach § 14 der Uneheliche seine Verwandten nicht beerben solle, auch umgekehrt, diese von der Beerbung des ersteren ausgeschlossen seien.

Wir nehmen keinen Anstand, uns wenigstens im Resultat der letzteren Ansicht anzuschließen.

1. Geht man zuvörderst von der Wortfassung aus, so ist wohl zu beachten, daß die ganze Stelle blos von dem Erben, nicht auch von dem Beerbtwerden der unehelichen Kinder spricht. Die Ueberschrift „von Erbschaft der natürlichen oder Liebkindern" ist zwar zweideutig, daß sie aber wenigstens hauptsächlich und zunächst nicht von dem Beerbtwerden der natürlichen Kinder zu verstehen sei, zeigt theils die Stellung in der Lehre von der Succession der Descendenten, theils die folgende Verordnung selbst, denn § 13 redet bloß von einem Erbrecht der unehelichen Kinder im Verhältniß zu ihrem Erzeuger und zu ihrer Mutter und § 14 enthält bloß eine Beschränkung oder vielmehr Ausschließung ihres Erbrechts im Verhältniß zu den mütterlichen und natürlichen Verwandten. Bliebe man also bei dem Wortsinne stehen, so müßte man sagen, die Frankf. Ref. gäbe

a. nur dem unehelichen Kinde in das Vermögen seines Vaters und seiner Mutter ein Erbrecht, so wie dieses im römischen Rechte bestimmt ist, und

b. es schließe nur das uneheliche Kind von der Beerbung seiner mütterlichen und väterlichen Verwandten aus. Davon, ob

auch Vater und Mutter das uneheliche Kind beerben und ob auch die mütterlichen und väterlichen Verwandten von der Beerbung des Kindes ausgeschlossen sein sollen, sage sie nichts. Dieser Wortsinn genügt aber nicht, weil demnach das Gesetz unvollständig erscheint. Wenn wir nun hierdurch genöthigt werden

2. die logische Auslegung zu Hülfe zu nehmen, so mag es wohl zunächst in abstracto fraglich sein, ob man für die gebliebene Lücke das argumentum a contrario oder das argumentum a simili zur Anwendung zu bringen habe, d. h. ob man behaupten müsse, Vater und Mutter sollen nicht auch das uneheliche Kind, sowie das römische Recht es vorschreibt, beerben und die mütterlichen und väterlichen Verwandten nicht auch von der Erbschaft des unehelichen Kindes ausgeschlossen sein; oder: sowie das Kind Vater und Mutter, so solle auch dieses jene beerben und sowie das Kind von der Erbschaft der mütterlichen und väterlichen Verwandten, so sollen auch diese von der Erbschaft des Kindes ausgeschlossen sein. Dagegen würde es ohne die dringendsten Gegengründe offenbar willkürlich und mit der ganzen Auffassungsweise der fraglichen Vorschrift unverträglich sein, für den einen Theil derselben das argumentum a simili, für den anderen Theil das a contrario anzuwenden. Dieses thut aber die Ansicht der vorigen Urtheilsverfasser, indem sie darauf hinausgeht, daß zwar für die Anerkennung der Erbrechte des unehelichen Kindes im Verhältniß zu Vater und Mutter Gegenseitigkeit, für die Ausschließung desselben von der Beerbung der mütterlichen und väterlichen Verwandten aber Einseitigkeit anzunehmen sei. Dieses Verfahren ist um so unzulässiger, als für aufhebende oder nehmende Willenserklärungen wegen der in ihnen liegenden Relativität zu der gebenden die Festhaltung desselben Grundgedankens noch viel mehr, als in anderen Fällen angenommen werden muß.

Huschke in der Zeitschr. für Civilr. u. Proc. Neue Folge Bd. IV. p. 293 ss.

3. Es ist nun aber nicht zu bezweifeln und wird auch von den Interventen nicht bezweifelt, daß die Reformation ebenso, wie die ähnliche, unvollständige

L. 5 fin. C. ad SC. Orfit. (6,57)

mit Berufung der unehelichen Kinder zur Erbschaft von Vater und Mutter stillschweigend auch die umgekehrte Berufung des Vaters und der Mutter zu der Erbschaft des unehelichen Kindes nach der nähern Bestimmung des gemeinen Rechts anerkannt habe. Mithin muß auch die im folgenden Paragraphen enthaltene Ausschließung der unehelichen Kinder von der Beerbung der mütterlichen und väterlichen Verwandten als eine reciproce gewollte verstanden werden. Diese Absicht des Gesetzgebers wird bestätigt

4. durch die über die Kinder ex damnato coitu folgenden Bestimmungen in den unmittelbar folgenden Paragraphen: „§ 15. Die Kinder aber, so aus verdammter Geburt, als neben der Ehe oder von nächstverwandten Blutsfreunden, die einander nicht ehelich haben mögen, oder unehelichen Geistlichen erzeugt sind, die schließen die Recht von aller sowohl mütterlicher, als väterlicher, auch aller andern Gesippten Erbschaft aus: doch daß ihnen aus Miltigkeit ihre Leibsnahrung, damit sie mögen erzogen werden, gegönnt werde, darbei wir es auch lassen bleiben. § 16. Wie nun solche verdammter Geburt Kinder, ihre Eltern nicht erben mögen: Also können und sollen auch hinwieder die Eltern, sie, die Kinder, nicht erben."

Die Adversativpartikel aber im Anfange des § 15 bezieht sich offenbar nicht auf den unmittelbar vorhergehenden Paragraphen, sondern auf die ganze vorhergehende Bestimmung, besonders die des § 13; sie stellt die Kinder ex damnato coitu, welche ihre Eltern nicht beerben sollen, den bloßen spuriis, welche sie nach dem Vorhergesagten beerben sollen, entgegen. Wenn nun bei jenen in § 16 ausdrücklich bestimmt wird, daß die Ausschließung vom Erbrecht in Beziehung auf ihre Eltern eine gegenseitige sei, so gibt der Gesetzgeber damit deutlich seine Absicht zu erkennen, daß er auch die erbrechtlichen Bestimmungen über die bloßen spurii als gegenseitig gedacht habe, also sowohl die das Erbrecht im Vermögen der Eltern gebende des § 13, als auch die das Erbrecht im Vermögen der elterlichen Verwandten nehmende des § 14. Dieses erhellt um so unzweifelhafter, als auch die das Erbrecht auf der ascendentischen Seite nehmende Bestimmung des § 16 wieder unvollständig ist. Denn während § 15 die Kinder aus

verdammter Geburt von der Erbschaft nicht bloß ihrer Eltern, sondern auch der elterlichen Verwandten ausgeschlossen hat, spricht § 16 diese Ausschließung umgekehrt bloß für die Eltern aus, offenbar aber nicht in der Meinung, als sollten die elterlichen Verwandten nicht ebenfalls von der Erbschaft solcher Kinder ausgeschlossen sein, sondern theils weil sich dieses bei dem hier durchgreifend anerkannten Princip der Gegenseitigkeit von selbst verstand, theils weil in dieser Beziehung zwischen den Kindern aus verdammter Geburt und den gewöhnlichen unehelichen Kindern nach § 14, dessen Bestimmung also der Gesetzgeber als eine gegenseitig geltende betrachtete, kein Unterschied war. Ueberhaupt aber ist von den Vertheidigern der richtigen Ansicht

5. nicht mit Unrecht geltend gemacht worden, daß intestaterbrechtliche Bestimmungen, mögen sie ein Successionsrecht geben oder nehmen, im Zweifel für gegenseitig geltende anzusehen sind, weil die natürlichen Verhältnisse zwischen den Personen, auf denen sie beruhen, namentlich die Verwandtschaft, die Natur der Gegenseitigkeit haben und die zu= oder abgesprochene Intestaterbberechtigung im Allgemeinen nur die Zuerkennung oder Aberkennung einer vollwirksamen Verwandtschaft enthält.

Darauf, daß man noch im sechszehnten Jahrhundert diese Natur der Intestaterbrechte oft als ausnahmslose Regel aussprach, ist für die richtige Erklärung der streitigen Stelle der Ref. allerdings kein Gewicht zu legen; allein, soweit diese Regel richtig ist, muß sie auch als Interpretationsprincip anerkannt werden. Im vorliegenden Fall ist aber ihr Zutreffen hinsichtlich der Vorschrift des § 13 durch das dort selbst in Bezug genommene gemeine Recht außer Zweifel gesetzt und für die Bestimmung des § 14 läßt sich wenigstens eine Ausnahme von der Regel nicht beweisen. Dadurch allein, daß die Bestimmung vom gemeinen Rechte abweicht und aus dem deutschen Rechte herrührt, ist die Ausnahme nicht dargethan, weil die Regel nicht auf eigenthümlich römischen Rechtsbegriffen beruht und ebensowohl für deutschrechtliche Successionen gilt. Interventen haben zwar die Einseitigkeit dieser Ausschließung der unehelichen Kinder von der Beerbung der Ascendenten und Seitenverwandten durch Herleitung der letzteren aus der deutsch=

rechtlichen Rechtlosigkeit der Unehelichen zu begründen versucht und für diese Herleitung haben sich auch einige Schriftsteller, namentlich

Marezoll über bürgerl. Ehen p. 302

Sydow Erbr. des Sachsensp. p. 47

ausgesprochen. Die Unhaltbarkeit dieser Ansicht ist jedoch von

Pauli Abhandl. aus dem Lüb. Rechte Th. 3 p. 22 ss.

auf's überzeugendste dargethan worden, welcher zugleich nachweist, daß der wirkliche Grund dieser Ausschließung der unehelichen Kinder von der Succession ihrer Eltern und Seitenverwandten in dem Mangel des Familienschutzes, also einer vollwirksamen Verwandtschaft lag, weßhalb die Ausschließung auch umgekehrt galt. Als in der Folge diese Idee sich abschwächte und das gemeine Recht größeren Eingang fand, haben die seitdem entstandenen Stadt- oder Landrechte auf verschiedene Weise und nach oft ganz entgegengesetzten Gesichtspuncten den Conflict der früheren Auffassung mit den späteren Rechtsideen geschlichtet, worüber die Entscheidungsgründe des Oberappellationsgerichts zu Lübeck

in S. Sauer c. Fiscum de 1834

belehrende Zusammenstellungen enthalten. Daß nun aber die Frankfurter Reformation von dem Princip ausgegangen sei, die unehelichen Kinder einseitig von der Erbfolge ihrer Ascendenten über den ersten Grad hinaus und der Seitenverwandten auszuschließen, um deren eheliche Verwandte zu bevorzugen, wie Intervenienten behaupten, ist zum wenigsten völlig unerweislich und es hat selbst eine viel größere Wahrscheinlichkeit für sich, daß man nach Reception des römischen Rechts die Vorstellung des älteren deutschen Rechts doch insoweit fortwirken ließ, als ersteres nicht aus besonderen Humanitätsrücksichten eine erbrechtlich wirksame Verwandtschaft anerkannt hatte, d. h. daß man das römische Recht nur im Verhältniß zu Vater und Mutter selbst und von eben denselben erzeugten unehelichen Kindern, mit denen allen das Kind noch unmittelbar ein Blut ist, aufnahm, alle erbrechtliche Succession aber, die auf bloßer Verwandtschaft beruhte, im Gegensatze zum römischen Rechte hinsichtlich der mütterlichen, im Gegensatz zu andern damaligen Particularrechten hinsichtlich der väterlichen Ascendenten und Seitenverwandten fortwährend ausschloß.

Auch wird dieses dadurch bestätigt, daß in anderen Rechten jener Zeit, die mit der Frankfurter Reformation Aehnlichkeit haben, namentlich dem

Lüneburger Stadtr. P. V. tit. 2 p. 87

Solmser Landr. tit. 25 § 9

die gegenseitige Ausschließung der Unehelichen und ihrer Verwandten über Vater und Mutter hinaus von ihrer Beerbung ausdrücklich ausgesprochen ist.

6. Diese richtige Ansicht ist auch von allen Schriftstellern über das Frankfurter Recht angenommen und in allen bekannten einheimischen Richtersprüchen befolgt worden, wie Intervenient mehrfach nachgewiesen hat. Wenn nun hierdurch auch kein eigentliches Gewohnheitsrecht begründet sein mag, weil die Zahl der bekannten Richtersprüche

cf. Bender Privatr. p. 215 ss.

nicht sehr bedeutend und wenigstens in einem Falle, wie Intervenient selbst zugibt, jedoch nur von einer auswärtigen Facultät und in einem in höchster Instanz reformirten Erkenntnisse die entgegengesetzte Ansicht angenommen worden ist, so nimmt eine solche opinio communis und constante Praxis der einheimischen Gerichtshöfe doch jedenfalls eine bedeutende Autorität für sich in Anspruch, der man sich ohne die dringendsten Gründe nicht entziehen darf.

7. Endlich sind auch die für die entgegengesetzte Ansicht theils von den Interventen, theils von den vorigen Urtheilsverfassern vorgebrachten Gründe unerheblich. Ein Theil derselben findet schon in der vorstehenden richtigen Erklärung von selbst seine Erledigung, weßhalb wir uns begnügen, nur noch Folgendes darüber zu bemerken.

Wenn behauptet wird, die Frankfurter Reform. verweise wegen der Successionsverhältnisse der Unehelichen in § 13 überhaupt auf das gemeine Recht, welches aber, von der speciell daraus aufgenommenen Vorschrift dieses Paragraphen abgesehen, durch die in § 14 gemachte Ausnahme gänzlich außer Kraft gesetzt sein würde, wenn man dieselbe auch von einer umgekehrten Ausschließung der Ascendenten und Seitenverwandte verstehen wollte, so ist über-

23*

sehen, daß die fragliche Stelle in der Descendentenerbfolge vorkommt, zunächst daher auch nur das gesetzliche Erbrecht der unehelichen Kinder gegen ihre Eltern, nicht aber ihre activen und passiven Successionsverhältnisse überhaupt im Auge hat, so daß die Verweisung auf das gemeine Recht sich auch zunächst auf die active Successionsfähigkeit der Unehelichen als Descendenten beschränkt, wie dieses auch der Ausdruck nämlich, mit dem die aus dem gemeinen Recht aufgenommene Bestimmung angegeben wird, seinem natürlichen Wortsinn nach bestätigt.

Ebendeßhalb bezieht sich auch die correctorische Vorschrift des § 14 zunächst auf die gemeinrechtliche active Successionsfähigkeit der unehelichen Kinder und kann nur in dieser Auffassung der Interpretationsregel unterliegen, daß correctorische Vorschriften nicht extensiv erklärt werden dürfen. Inwiefern aber beide Paragraphen das ganze Verhältniß nur von der Seite der activen Successionsfähigkeit auffassen, sind sie beide auf gleiche Weise unvollständig und müssen aus den früher entwickelten Gründen nach dem in § 13 zum Grunde liegenden stillschweigenden Gedanken gleichmäßig vervollständigt werden. Die vermeintliche Unbilligkeit der Ausschließung der mütterlichen Ascendenten, da die unehelichen Kinder andererseits sie in der Regel durch das Medium ihrer Mutter beerben würden, ist keine unmittelbare und beruht nur auf dem allgemeinen Vorzuge der Descendentenerbfolge vor der der Ascendenten.

Endlich kann auch die Regel in dubio contra fiscum nicht zur Anwendung kommen, da, wenn man auch die Zweifelhaftigkeit zugeben wollte, sie doch nur eine Rechtsfrage betreffen würde, die nicht nothwendig ein Rechtsverhältniß zwischen dem Fiscus und Privaten voraussetzt.

193. Forum der Erbschaftsklage.

Die factische Frage anlangend, ob der Verstorbene in Frankfurt domicilirt gewesen sei, so hat der Richter erster Instanz deren Bejahung für den vorliegenden Proceß schon deßhalb annehmen zu dürfen geglaubt, weil Interventen selbst vor dem Frankfurter Stadtgerichte die Erbschaft mit der Bitte um Immission ange-

treten und dasselbe dadurch als Erbschaftsgericht anerkannt hätten, indem es diese Eigenschaft nur unter Voraussetzung des dortigen Domicils des Verstorbenen haben kann. Allein ausdrücklich bestimmt die

L. un. C. ubi de hered. agat. (3, 20)

illic, ubi res hereditarias esse proponis; heredes in possessionem rerum hereditariarum mitti postulandum est; und daß Frankfurt der Ort der belegenen Erbschaft sei, ist unter den Partheien nicht bestritten. Wollte man aber daraus folgern, daß Interventen das Frankfurter Stadtgericht auch für die Entscheidung des Erbschaftsstreites selbst anerkannt haben, so würde diese Folgerung auch nur dann zulässig sein, wenn bloß das Gericht des Wohnorts des Verstorbenen das competente forum hereditatis wäre. Allein schon nach Römischem Rechte ist dieses jedenfalls auch das forum rei sitae, also hier des Frankfurter Fiscus

L. un. C. cit.

und die heutige Praxis — denn nach den Quellen des römischen Rechts ist die Frage sehr bestritten — pflegt auch das forum rei sitae wenigstens dann, wenn der Beklagte daselbst angetroffen wird, als competent für die Erbschaftsklage anzuerkennen.

Glück, Pandectencomm. Bd. 6, S. 328.

Heffter, System des Civilproc. § 157, Anm. 71.

Schmid, Handbuch des Civilproc. Th. 1, § 45.

Andererseits ist nicht zu leugnen, daß, wenn die Umstände, welche Intervenient in seiner Klageschrift angeführt hat, in der Wahrheit beruhen, aus ihnen die Wohnhaftigkeit des Verstorbenen in Frankfurt zur Zeit seines Todes angenommen werden dürfe.

194. Beweisinterlocut. Zusammengesetzter Beweis.

— — Es läßt sich nicht ableugnen, daß das bis jetzt Erwiesene es in einem gewissen Grade wahrscheinlich macht, daß der Erblasser als Einwohner von Frankfurt gestorben sei, eine volle Ueberzeugung gewährt es aber nicht. Unter diesen Umständen mußte dem Intervenienten der Beweis seiner Behauptungen, so weit sie nicht schon für zugestanden zu erachten, aufgelegt werden,

jedoch in Gemäßheit der Natur eines zusammengesetzten Beweises nicht so, daß von dem Beweise aller Umstände schlechthin der Sieg abhängig gemacht, sondern so, daß es zunächst dem Urtheil über den geführten Beweis vorbehalten wurde, auszusprechen, ob das Bewiesene ganz oder bis zu einem Erfüllungseide hinreiche, um die processualische Gewißheit, daß der Verstorbene in Frankfurt gelebt habe, herzustellen.

195. Nachweis über fremdes Recht.

Für den Fall, daß der in Nr. 194 besprochene Beweis mißlingen würde, war nun aber nicht bloß der Frankfurter Fiscus abzuweisen, sondern es mußte auch über die von den Verwandten nach den in Oberickelsheim, als dem Geburtsort des Verstorbenen, geltenden Rechten erhobenen Ansprüche erkannt werden. Nach Lage der Acten konnte dieses jedoch nicht ohne Weiteres geschehen. Allerdings ist es im Allgemeinen bekannt, daß im Königreich Bayern das gemeine Recht gilt, nach welchem uneheliche Kinder auch von ihren Verwandten beerbt werden. Da aber Intervenient, selbst unter Bezugnahme auf Druckschriften behauptet hat, daß in Oberickelsheim, als einem der sogenannten sechs Anspachischen Maindörfer, das Preußische Landrecht gelte, von dem es ebenso bekannt ist, daß es die Verwandten der Eltern des unehelichen Kindes von dessen Intestatbeerbung ausschließt,

Allgem. Preuß. Landr. Th. II. tit. 2 § 660

und dem Richter für einen so speciellen Punct der ausländischen juristischen Statistik weder eine eigene Wissenschaft, noch die Vergewisserung durch Nachforschungen in seltenen literarischen Hülfsmitteln, die hier wegen der Möglichkeit particularrechtlicher Vorschriften

cf. Mittermaier deutsch. Privatr. 7te Ausg. Bd. I. p. 65

ohnehin zu keinem ganz zuverlässigen Resultate führen dürften, zugemuthet werden kann, so blieb nichts übrig, als dem interessirenden Theile die Beibringung eines amtlichen Zeugnisses der Gerichtsbehörde von Oberickelsheim, daß nach dem dort geltenden Rechte die Verwandten der Mutter eines unehelichen Kindes von dessen Intestatbeerbung nicht ausgeschlossen seien, aufzulegen. Doch

war diese Auflage nicht nach Art einer Beweisauflage zu behandeln, weil es sich hier bloß um Aufklärung des Richters über das zur Anwendung kommende Recht handelt.

196. Exceptio praejudicii. Geltendmachung eines Nebenrechts vor Erledigung des Hauptprocesses.

Die Interventin, verwittwete Bauer, hat für den Fall, daß die Erbschaft dem Intervenienten zugesprochen werden sollte, reconveniendo eine Schuldklage gegen ihn als Erben erhoben, die sich auf den Betrag näher bezeichneter, der Mutter und Erblasserin des verstorbenen J. G. Hümmer angeblich geleisteter Alimente bezieht. Daß nun diese Klage als solche verfrüht sei, kann keinem Zweifel unterliegen. Das gemeine Recht stellt den allgemeinen in der Natur der Sache begründeten Grundsatz auf, daß jede Klage über ein Nebenrecht, welches von einem an sich wichtigeren, unter denselben Partheien bestrittenen Rechte abhängig ist, bis zur Entscheidung über dieses Hauptrecht ruhen muß und daher mit der exceptio praejudicii zurückgewiesen werden kann, damit nicht die Erledigung des Hauptprocesses durch den Streit über eine aus ihr erst sich ergebende Folgerung aufgehalten werde oder die Entscheidung über die Hauptsache gar nur gelegentlich in dem Proceß über eine bloße einzelne Forderung aus ihr erfolge.

L. 16. 18 D. de except. (44, 1)

L. 5 C. de ord. cognit. (7, 19).

In diesem Verhältniß eines Haupt- und eines davon abhängigen Nebenrechts stehen aber unleugbar auch der Streit über die Erbschaft und der über eine erbschaftliche Forderung.

cf. L. 1 § 1 D. fam. ercisc. (10, 2).

Justinian's Vorschrift in

L. 12 § 1 C. de petit. hered. (3, 31)

wonach der Besitzer der Erbschaft auch schon während des Erbschaftsprocesses von erbschaftlichen Creditoren soll belangt werden können, setzt den Fall voraus, daß diese nicht selbst mit dem Besitzer den Streit über das Erbrecht führen.

Interventen haben nun zwar ihre Widerklage auf dem Wege zu salviren gesucht, daß sie behaupten, dieselbe sei wesentlich nur

eine Einrede und an sich kann unstreitig der Erbschaftsbesitzer, als welcher hier nach verschiedenen Rücksichten beide Partheien anzusehen sind, auch seine Forderungen an den Nachlaß bei dessen Restitution in der Erbschaftsklage vorabziehen, wenn er nicht malae fidei possessor ist, wofür die Intervenienten zu erklären kein hinreichender Grund obwaltet.

L. 31 § 1. 2 D. de hered. pet. (5, 2)

Da jedoch ein solcher Abzug die Natur einer Compensation hat,

L. 4 C. eod. (3, 31)

so unterliegt er auch der Vorschrift, daß illiquide Compensationseinreden, zu denen die vorliegende ohne allen Zweifel gehört, ad separatum verwiesen werden sollen.

L. 14 § 1 C. de compens. (4, 31).

LXXXIV.

Balthasar Wilhelm Kreiner zu Mainz, Kläger

contra

Johann Philipp Z. dahier, Beklagten.

Kläger klagte gegen den Beklagten auf Grund eines errichteten Alimentationsvertrag, der zwar zu den Acten kam, aber dem Beklagten nicht mitgetheilt wurde, auf Zahlung jährlicher Alimente von fl. —. Der Beklagte schützte unter Anderem vor, daß der Alimentationsvertrag nur mit der Mutter des Klägers abgeschlossen, sonach mit deren erfolgtem Tode erloschen sei.

Das Stadtgericht verurtheilte am 5. Mai 1845 den Beklagten zur Zahlung, während auf Appellation des Beklagten das Spruchcollegium zu Heidelberg am 9. März 1846 dem Kläger den Beweis darüber nachließ, daß Beklagter den in der Klage angeführten Alimentationsvertrag am 17. November 1845 abgeschlossen habe, wobei es ihm unbenommen bleibe, des schon in den Acten liegenden Documents sich zu bedienen.

Auf Oberappellation des Beklagten wurde unter Verurtheilung desselben in die Kosten das zweitinstanzliche Urtheil vom Oberappellationsgerichte am 19. April 1848 bestätigt.

197. Anticipation des Beweises. Formeller Mangel.

Sieht man zunächst auf die in voriger Instanz gegen das Verfahren beim Stadtgericht erhobene Nullitätsklage, so stand es dem Beklagten allerdings frei, wegen deren Verwerfung hierher zu appelliren, es war aber die angefochtene Entscheidung unbedenklich zu bestätigen. Zwar muß man zugeben, daß von Seiten des Klägers gefehlt wurde, indem er den zugleich mit der Klage übergebenen Alimentationsvertrag nicht vorschriftsmäßig in duplo überreichte,

Bender, Frankf. Civilpr. § 41, p. 107 ss.

was dann die Folge hatte, daß dieser Vertrag dem Beklagten nicht förmlich mitgetheilt ward, allein eine Nichtigkeit kann hierin schon deßhalb nicht gefunden werden, weil der Kläger überall nicht schuldig war, diese Urkunde, deren wesentlicher Inhalt in der Klagschrift angeführt wurde, sofort mit dieser Schrift einzureichen, sondern damit erst in dem erforderlichen Beweisverfahren hervorzutreten.

J. R. A. § 35.
Glück, Commentar. Th. 4, p. 34.

Glaubte der Beklagte sich ohne die Vorlegung des Vertrages nicht gehörig vertheidigen oder die Einrede der dunkeln Klage vorbringen zu können, so stand ihm solches frei und wirklich hat er sich auch dieser Einrede bedient, deren Verwerfung berechtigte ihn aber keineswegs zur Nichtigkeitsbeschwerde, sondern nur zur Appellation. Sein Vorgeben, daß ihm durch die unterlassene Mittheilung des Vertrags das rechtliche Gehör versagt sei, erscheint schon deßhalb als ganz frivol, weil es nicht den geringsten Zweifel leidet, daß der Vertrag, welcher bei den Acten liegt, ihm gar wohl bekannt war. — — — Daraus folgt denn weiter, daß es der Mittheilung des Vertrags an ihn gar nicht bedurfte, um ihn in den Stand zu setzen, sich gegen die Klage vollständig zu vertheidigen, wenn hierzu auch der übrige, in der Klagschrift nicht wörtlich an-

geführte Inhalt des Vertrags benutzt werden konnte. Dies führt dann jedenfalls zu dem Resultate, daß wenn auch in dem Mangel der Mittheilung des mit der Klagschrift zugleich dem Stadtgericht überreichten Vertrags eine Nichtigkeit zu finden wäre, dennoch dem Beklagten dadurch kein unwiederbringliches Unrecht geschehen, mithin auch deßhalb der Proceß nicht zu verwerfen, sondern in der Sache selbst zu erkennen sein wird.

K. G. O. von 1555, Th. 3, tit. 34, § 1.

198. Wirksamkeit der Verträge zum Besten eines Erben.

Das Kind der Catharina Kreiner war völlig befugt, die fraglichen Alimente als ihr Erbe für sich allein zu fordern, sofern der Satz richtig ist, worauf die ganze Klage beruht, daß sie sich diese Alimente zum Besten des Klägers, ihres Kindes, hat versprechen lassen, denn es ist bekannten Rechtens, daß man für seine Erben stipuliren kann und zwar nicht bloß für die Erben insgesammt, sondern auch für einen von ihnen insbesondere,

L. 33 D. de pactis (2, 14).

L. 10 D. de pact. dotat. (23, 4).

in welchem Falle es sich dann von selbst versteht, daß die Klage auf das Versprochene nur diesem Einzelnen, ihm aber auf das Ganze zusteht.

199. Wirksamkeit der Verträge zum Besten eines Dritten.

Der Beklagte hat sich noch ganz besonders darauf gestützt, daß die für das Kind geforderten monatlichen fl. — nur der Mutter versprochen und für sie bestimmt gewesen seien, wenn auch vielleicht mit darauf Rücksicht genommen sein möge, daß sie für das Kind zu sorgen habe, also sei der Anspruch mit dem Tode der Mutter erloschen. Wollte man aber auch annehmen, die Alimente seien der Mutter für ihr Kind versprochen worden, so würde dies doch ein ungültiges pactum in favorem tertii sein und jedenfalls nicht, wie hier geschehen sei, für das Kind als Erben seiner Mutter gefordert werden können.

— — — Der ganze Einwand des Beklagten ist in aller Hinsicht ungegründet. Es sind nämlich die fraglichen Alimente zwar

in einem mit der Mutter geschlossenen Vertrage und insofern ihr versprochen worden, aber aus dem ganzen Zusammenhange desselben geht deutlich hervor, daß er die Alimentation des Kindes bezwecke, also das der Mutter gegebene Versprechen zu Gunsten des Kindes geleistet wurde. — — —

Hier liegt nun auch keineswegs ein ungültiges pactum in favorem tertii vor, denn es ist bekannten Rechtens, daß ein solcher Vertrag jedenfalls alsdann unter den Contrahenten volle Gültigkeit hat, wenn dem Mitcontrahenten, dem das Versprechen für den Dritten geleistet ward, selbst an dessen Erfüllung gelegen ist.

§ 20. J de inutil. stipul. (3, 20).

L. 38 § 20—23, L. 118, § 2 D. de verb. obl. (45, 1).

v. Wening Ingenheim, Lehrbuch, 4. Ausg. B. 3. § 233 sub III.

Offenbar liegt nun einer Mutter alles daran, daß ihr Kind möglichst vollständig alimentirt werde, folglich ist der gedachte Fall hier recht eigentlich vorhanden.

LXXXV.

Robert Stauffer, Sohn u. Comp. zu La Chaux de Fonds, Liquidanten

contra

die Julius Leonhard Gräser'sche Debitmasse, Liquidaten.

Robert Stauffer Sohn u. Comp. liquidirten die Forderung von fl. — gegen die J. L. Gräser'sche Debitmasse; der Cridar behauptete, daß diese Forderung ungegründet, er dagegen eine Forderung an Liquidanten habe, durch deren Geltendmachung und Realisirung er seine Gläubiger voll befriedigen könne. Vergleichsverhandlungen führten zu keinem Resultate. Der Curator beantragte deßhalb, da weitere Activa in der Concursmasse nicht

mehr vorhanden, den Anspruch an Robert Stauffer Sohn u. Comp. dem Cridar zur Einziehung zu überlassen. Das Stadtgericht ging am 10. Febr. 1843 auf diesen Antrag ein und dieses Urtheil wurde auf Appellation der liquidantischen Handlung unter Verurtheilung derselben zum Kostenersatze bestätigt vom

Appellationsgericht am 12. Mai 1843,
Oberappellationsgericht am 27. April 1848.

200. Befugniß des Cridars in Bezug auf die Güterverwaltung.

— — — Wenn aber selbst die Bestätigung des Vergleichs noch in Frage gestanden hätte, so würde dieselbe doch mit Recht verweigert worden sein. Soviel nämlich

1. das Rechtsprincip betrifft, so ist es zwar einerseits richtig, daß durch die Güterabtretung die Disposition über das Vermögen des Gemeinschuldners auf die Gläubiger übergeht und Jener in die Maßregeln, welche Letztere zum Behuf ihrer Befriedigung aus demselben ergreifen, in der Regel nicht einzureden hat. Auf der anderen Seite hat es aber auch keinen Anstand, daß der Gemeinschuldner solchen Dispositionen, welche die Masse beeinträchtigen, ohne zur Befriedigung der Gläubiger etwas beizutragen, sich widersetzen und den Schutz des Concursgerichts dagegen anrufen könne. Dies folgt sowohl aus dem Zwecke, zu welchem allein der Gläubiger die Disposition über das, noch fortwährend im Eigenthum des Gemeinschuldners stehende Vermögen desselben eingeräumt ist, als auch aus dem Interesse, welches der Letztere, theils wegen seiner Verbindlichkeit zur künftigen Nachzahlung, theils auch wegen seines Anspruches auf einen möglichen Ueberschuß der Masse bei der gehörigen Verwendung der einzelnen Vermögensstücke hat;

Schweppe, System des Concurses. 3. Ausg. § 96.
Seuffert im Civ.-Arch., Th. 11, p. 368.
Bülow u. Hagemann, Erörterungen, Th. 8, n. 10.
Habicht, Erörter. u. Entsch. gemeinrechtl. Controversen, Th. 1, n. 12.

auch hängt dies Recht des Gemeinschuldners keineswegs davon ab, ob man den Curator und Contradictor nicht

Schweppe, a. a. O. § 98 u. 102.

bloß als Vertreter der Gläubiger oder mit den Appellanten und den meisten Schriftstellern zugleich auch als Vertreter des Gemeinschuldners ansehen will. Denn auch nach der letzteren Ansicht ist doch das Verhältniß dieser Personen zum Gemeinschuldner, der zu ihrer Ernennung nicht concurrirt und ihnen nur Auskunft, aber keine Vorschriften ertheilen kann, keineswegs das eines gewöhnlichen Bevollmächtigten, sondern das einer unfreiwilligen, zu einem bestimmten Zwecke angeordneten Curatel, wobei der Curator unter obrigkeitlicher Aufsicht steht und der Curand oder dessen Angehörigen den Schutz dieser in Anspruch nehmen dürfen, wenn der Curator Maßregeln ergreift, die seine Befugnisse überschreiten oder deren Nachtheil klar vorliegt.

Macht man nun von diesem Grundsatze

2) die Anwendung auf den vorliegenden Fall, so würde freilich, wenn in der Masse außer der angeblichen Forderung gegen die Appellanten noch anderweite Activa, die zur theilweisen Befriedigung der Gläubiger verwandt werden könnten, vorhanden wären, der fragliche Vergleich als eine diese theilweise Befriedigung befördernde Maßregel anzusehen sein, weil alsdann die übrigen Gläubiger durch denselben von der Concurrenz einer Forderung befreit würden, welche mehr als doppelt soviel beträgt, wie alle anderen zusammengenommen, und daher ihre Dividende von den zu vertheilenden Summen auch mehr als doppelt so groß ausfallen würde, während die Forderung, welche sie dagegen aufgäben, in hohem Grade problematisch und auch dem Belaufe nach viel geringer ist. In solchem Verhältnisse würde es daher ganz dem Ermessen der Gläubiger überlassen bleiben müssen, ob sie den beabsichtigten Vergleich oder aber die Durchführung beider gegenseitigen Forderungen für sich vortheilhafter erachten, und dem Gemeinschuldner könnte eine Befugniß, sich hierin einzumischen, überall nicht eingeräumt werden.

Jetzt aber, wo nach dem Schlußberichte des Curators und dem Prioritätsurtheil (außer der angeblichen Forderung des Gemeinschuldners gegen die Appellanten) schlechterdings gar nichts in der Masse vorhanden ist, was zur Befriedigung der Gläubiger verwandt werden könnte, verhält sich die Sache ganz anders.

Jetzt kann die Aufgebung der appellantischen Forderung gegen die Masse den übrigen Gläubigern durchaus keinen Vortheil gewähren und zu ihrer mehreren Befriedigung gar nichts beitragen und ebendaher kann denn auch der Verzicht der Gläubiger auf die gegentheilige Forderung des Gemeinschuldners gegen die Appellanten, welcher nach Inhalt des Vergleichs ja nur erfolgen sollte, um dadurch den gegenseitigen Verzicht der Appellanten auf ihre Forderung zu erkaufen, nicht als eine von den Gläubigern zum Zwecke ihrer Befriedigung ergriffene, sondern nur als eine, für sie völlig nutzlose, dem Gemeinschuldner aber möglicher Weise sehr nachtheilige Maßregel angesehen werden. Ja, sie erscheint in der That als eine reine Freigebigkeit gegen die Appellanten, da diese durch die Aufgebung ihrer bei der gänzlichen Leere der Masse völlig werthlosen Forderung eigentlich gar nichts aufopfern, und der Vergleich enthält folglich eine, über die Befugnisse des Curators und der Gläubiger ganz offenbar hinausgehende Disposition, welchen das Stadtgericht mit Recht die Bestätigung verweigern durfte. — Wenn man daher auch zugeben muß, daß eine Einmischung des Gemeinschuldners in die Verfügungen des Curators und der Gläubiger nicht leichthin, sondern nur bei ganz evidenten Gründen zu gestatten sei, so ist doch hier ein solcher Grund allerdings vorhanden. Nun berufen sich die Appellanten zwar

3) darauf, daß der vom Gemeinschuldner gegen sie erhobene Anspruch eine reine Prellerei und jedenfalls im höchsten Grade problematisch sei. — — — Es muß jedoch — — als möglich angesehen werden, daß die Darstellung des Gemeinschuldners die richtige sein könne; man kann also zur Zeit dessen Forderung nicht als eine offenbar frivole, sondern nur als eine, wenig Anschein habende Forderung ansehen und dieser schlechte Anschein kann, da hier eine Maßregel in Frage steht, zu welcher die Gläubiger gar nicht befugt sind, nicht in Betracht kommen. Und ebenso wenig darf man

4) einwenden, daß der Gemeinschuldner doch möglicher Weise künftig zu besseren Umständen gelangen und dadurch in den Stand gesetzt werden könne, seinen Gläubigern theilweise Zahlung zu leisten: für diesen Fall es aber den übrigen Gläubigern zum großen

Vortheil gereichen würde, wenn sich alsdann die bedeutende Forderung der Appellanten durch den fraglichen Vergleich beseitigt fände. Denn da dies ein ganz ungewisses und allen Umständen nach im höchsten Grade unwahrscheinliches Ereigniß ist, so kann darauf bei Beurtheilung der Natur und der Folgen des Vergleiches vernünftiger Weise keine Rücksicht genommen werden, sondern diese Beurtheilung muß nach der gegenwärtigen Sachlage erfolgen.

201. Das Locationsurtheil im Concurse ist nicht an die Liquidstellung sämmtlicher Forderungen und Gegenforderungen geknüpft.

Die Behauptung, als ob ein Locationsurtheil nicht eher erlassen werden dürfe, als bis sämmtliche Forderungen und Gegenforderungen völlig liquid gestellt seien, ist schon im Allgemeinen falsch, indem bekanntlich gerade im Locationsurtheile sehr häufig Beweisauflagen erfolgen,

Martin, Lehrbuch des Proc. 12. Aufl. § 331.

Schweppe, System des Concurses. 3. Aufl. § 136. 138.

außerdem aber auch in unserem Falle entscheidende Gründe dafür vorhanden waren, eine weitere Liquidation der beiden in Frage stehenden Forderungen überhaupt nicht anzuordnen.

202. Verzicht der Gläubiger auf das ihnen am Vermögen des Gemeinschuldners zustehende Recht in Ansehung einzelner Bestandtheile desselben. Liquidationen solcher Gläubiger, für deren Befriedigung aus dem Concurse keine Aussicht vorhanden ist.

Das fernere Verlangen der Appellanten, die beiden Processe durch den Curator fortsetzen zu lassen, ist in jeder Hinsicht verwerflich. Es ist zwar nicht zu leugnen, daß die Appellanten durch die stadtgerichtliche Verfügung factisch im Nachtheil gerathen, indem sie dadurch genöthigt werden, ihre beiden noch unerledigten Processe – — statt mit dem Contradictor, bei dem sie auf volle bona fides in der Proceßführung rechnen durften, mit einem Gegner fortzusetzen, bei dem dies wohl nicht der Fall sein dürfte. Allein der factische Nachtheil, den man durch die Ausübung fremder Rechte erleidet, ist noch keine Rechtsverletzung,

L. 55 L. 151 D. de jur. (50, 17)

L. 3 § 2 D. de hom. lib. exh. (43, 29)

sondern die Frage ist vielmehr die, ob die Gläubiger und das Stadtgericht berechtigt gewesen seien, die weitere Erledigung der beiden fraglichen Processe lediglich dem Gemeinschuldner für eigene Rechnung zu überlassen. Zur näheren Erläuterung hierüber sind beide Forderungen und die deßhalbigen Processe zu unterscheiden. Soviel

1. die angebliche Forderung des Gemeinschuldners gegen die Appellanten betrifft, so hat es

a. keinen Zweifel, daß den Gläubigern freistehe, auf das ihnen am Vermögen des Gemeinschuldners zustehende Recht in Ansehung einzelner Bestandtheile desselben Verzicht zu leisten, und ebenso wenig, daß diese Bestandtheile sodann dem Schuldner von selbst wiederum zur freien Benutzung zufallen, indem dies eine directe Folge des Princips ist, daß der Gemeinschuldner ungeachtet der Güterabtretung doch noch vorläufig Eigenthümer des Vermögens bleibt, und ihm nur die Disposition darüber durch das den Gläubigern erworbene Recht entzogen wird, weßhalb denn mit dem Wegfallen dieses Rechts sein Eigenthum ganz von selbst wieder in die vorige Unbeschränktheit eintritt. Nun haben aber

b. die Gläubiger auf ihr Recht in Ansehung der fraglichen Forderung des Gemeinschuldners gegen die Appellanten allerdings Verzicht geleistet. — — — Höchst verkehrt ist aber der Einwand der Appellanten, daß es wenigstens deßwegen an der Einwilligung sämmtlicher Gläubiger in den fraglichen Verzicht fehle, weil sie, in ihrer Eigenschaft als Concursgläubiger in denselben nicht eingewilligt hätten. Denn da sie fortwährend behaupten, daß die angebliche Forderung des Gemeinschuldners gegen sie gar nicht existire, so träten sie wieder mit sich selbst in Widerspruch, wenn sie doch auf einer Fortsetzung des Processes im Interesse der Concursgläubiger bestehen wollten; ob aber diese Fortsetzung für sie als Schuldner jener Forderung ein Interesse habe, das ist natürlich etwas, worauf der Curator und die Concursbehörden keine Rücksicht zu nehmen haben. Ferner kann

c. der Verzicht der Gläubiger auf die fragliche Forderung nicht etwa, wie die Appellanten vermeinen, deßhalb für unstatthaft gehalten werden, weil dadurch eine durante lite unerlaubte Novation herbeigeführt werde. Freilich bringt die Regel pendente lite

nihil innovandum es mit sich, daß eine bereits anhängige Klage nicht an einen anderen Kläger cedirt werden darf,

L. 2 L. 4 C. de litigios. (8, 37)

und wenn daher hier eine wahre Cession der Klage von den Gläubigern an den Gemeinschuldner vorhanden wäre, so würden die Appellanten sich derselben widersetzen können. Allein eine wirkliche Cession existirt hier gar nicht, sondern durch den Verzicht der Gläubiger ist die weitere Verfolgung der fraglichen Forderung, in Gemäßheit des oben (sub a) gedachten Grundsatzes, von selbst dem Gemeinschuldner wieder zugefallen

Vgl. Seuffert im Civ.-Arch. Th. 11, p. 367 a. E.

und so gut die wirklichen oder angeblichen Schuldner des Cridar's es sich gefallen lassen müssen, daß die Fortsetzung der früher von diesem angefangenen Processe mit Ausbruch des Concurses auf die Gläubiger und den Curator übergeht, ebenso müssen sie sich auch gefallen lassen, wenn dadurch, daß die Gläubiger auf die Fortsetzung einer oder der anderen Klage Verzicht leisten, die Fortsetzung des Processes wieder an den Gemeinschuldner zurückfällt. Im gegenwärtigen Falle kann dies um so weniger Bedenken haben, da der Curator bisher gar keinen Schritt zur Fortsetzung der vom Gemeinschuldner angestellten Klage gethan hat, sondern die Sache sich noch ganz in derselben Lage befindet, wie bei Ausbruch des Concurses, und also ein reeller Uebergang auf die Gläubiger gar nicht einmal stattgefunden hat. — — —

2. In Ansehung der zweiten, erst während des Concurses geltend gemachten Forderung der Appellanten gegen den Gemeinschuldner rechtfertigt sich dagegen die getroffene Verfügung, die Appellanten damit an den Gemeinschuldner selbst zu verweisen, schon dadurch, weil bei der gänzlichen Leere der Masse eine weitere Fortsetzung des Rechtsstreites gegen diese völlig zwecklos sein würde, wie es denn auch ein ganz gewöhnliches Verfahren ist, die Liquidationen solcher Gläubiger, für deren Befriedigung überall keine Aussicht vorhanden ist, unerledigt auf sich beruhen zu lassen.

Schweppe a. a. O. § 134.

Martin a. a. O. § 331, n. c.

Linde Lehrb. des Proc. 3. Aufl. § 443, n. 1.

Auch zum Behuf einer künftigen Geltendmachung ihrer Forderung gegen den Gemeinschuldner, sei es im Wege eines selbstständigen Anspruches oder mittelst einer exceptio compensationis könnte eine Fortsetzung des Streites gegen den Curator den Appellanten nicht nützen, da eine gegen den Letzteren erstrittene res judicata keineswegs ohne Weiteres auch gegen den Gemeinschuldner geltend gemacht werden kann.

Schweppe a. a. O. § 138

Seuffert a. a. O.

Wäre dies aber auch anders, so liegt es doch ganz außer dem Zwecke des Concursverfahrens einen Rechtsstreit bloß deßhalb zu betreiben, damit ein Gläubiger eine demnächst gegen den Gemeinschuldner geltend zu machende res judicata erlangen möge.

LXXXVI.

Johann Georg Hümmer dahier, Kläger

contra

Friedrich Carl Schott, modo dessen Wittwe Cath. Elisabetha, geb. Hirschvogel dahier, Beklagte.

In Folge der geführten Beweisverhandlungen wurde die Beklagte durch Urtheil des Stadtgerichts vom 9. Juli 1845 zum Erfüllungseide zugelassen. Auf Appellation und Antrag auf Actenversendung von Seiten des Klägers wurde dieses Urtheil vom Spruchcollegium zu Würzburg am 6. März 1846 bestätigt. In dritter Instanz trat Kläger mit einem Novum hervor, daß nämlich der Hauptzeuge der Beklagten sich Betrügereien habe zu Schulden kommen lassen, in Folge deren er dem Beklagten gegenüber stets bei seinen Zeugenaussagen in der Angst der Anzeige geschwebt habe. Das Oberappellationsgericht erkannte unter Compensation der Kosten zweiter und dritter Instanz am 25. Mai 1848, daß — insofern der Kläger und dessen Sachführer — eidlich er-

hätten würden, daß sie von dem in der Imploration des Klägers vom 4. Juli 1846 enthaltenen neuen Vorbringen vor dem 6. Juli 1846 keine Wissenschaft gehabt haben, — — die beiden vorinstanzlichen Urtheile — — für jetzt wieder aufzuheben seien und vom Stadtgericht die Abhörung der Beweiszeugen des Klägers — — über die Beweisartikel n. 15 der Acten des Oberappellationsgerichts — — — — zu veranstalten, demnächst aber vom Stadtgericht nach fernerer Instruction der Beweisverhandlung sowohl in der Sache selbst, als auch wegen der Kosten erster Instanz anderweit, was Rechtens, zu erkennen sei — — — und werden zugleich die Acten der jetzigen Instanz dem Stadtgericht mitgetheilt.

203. Der Mandatar und Unterhändler des Producenten als Zeuge.
(cf. Bd. I. Nr. 111. Bd. III. Nr. 103.)

Der Umstand, daß der Zeuge bei der Verhandlung zwischen dem Kläger und dem Beklagten Mandatar des Letzteren und Unterhändler war, ist für sich allein unerheblich, da hier weder die Vorschriften der

L. 25 D. de test. (22, 5)

über die executores negotiorum, noch der

Nov. 90 c. 8

über die mediatores Anwendung finden, wie dies das Oberappellationsgericht schon häufig in Frankfurter Sachen ausgesprochen hat

Weydt c. Weydt 1829
Dilthey c. Grevat et fils 1833
Lüth c. Strauß 1834
Rindskopf c. Wolff 1837.

204. Abhör eines einzigen Zeugen. Erfüllungseid.
(cf. Bd. II. Nr. 272.)

Es ist in der

Ref. I tit 39 § 7

bestimmt, daß der Beweisführer, wenn er die Aussage eines untadelichen Zeugen für sich habe und — was sowohl bei dem frü-

heren Beklagten, als der jetzigen Beklagten zutrifft — sonst für eine aufrichtige und glaubwürdige Person zu achten sei, zum Erfüllungseide zugelassen werden möge, ohne daß hier hinzugefügt ist, daß in dem Falle, wenn der Producent nur de credulitate, der Product hingegen de veritate schwören könne, dennoch der Product zu einem Reinigungseide über das Gegentheil der beschworenen Zeugenaussage zugelassen werden müsse, welche Rücksichtnahme sich nur in dem ganz verschiedenen Falle vorgeschrieben findet, wenn jeder Theil ansehnliche und starke Anzeigungen für sich hat und sonach beiderseits Alles auf Vermuthungen steht.

§ 8 ibidem.

Dazu kommt in dem vorliegenden Falle noch, daß im Zweifel der Beklagte als solcher bei der Zulassung zu einem vom Richter aufzulegenden Eide den Vorzug haben soll.

§ 8 u. E.

205. Nova in der Appellationsinstanz. §§ 130 — 132 der Oberappellationsgerichts-Ordnung. Kostencompensation.

Die ganz unbeschränkte Vorschrift des

§ 130 der Oberappellationsgerichts-Ordnung,

daß bei dem Oberappellationsgerichte neue Thatumstände und darauf gegründete Einreden, sowie neue Beweismittel nur dann zulässig sind, wenn sie erst nach der Zeit, wo sie hätten beigebracht werden müssen, entstanden oder doch neu aufgefunden worden, geht auch auf Frankf. Appellationssachen und die für die letzteren im zweiten Satze des § 131 vorkommende besondere Bestimmung, wo nur wegen der Zulässigkeit, nicht wegen des Inhaltes des Eides auf den § 10 der Frankfurter Provocationsordnung de a. 1788 verwiesen wird, hat nur den Sinn, daß es in diesen Sachen dem Oberappellationsgerichte freisteht, nach seinem Ermessen die Ableistung des im ersten Satze des § 131 vorgeschriebenen Eides auch in dem Falle zu erlassen, wenn dieselbe von der Gegenparthei verlangt wird,

Blume, Erläuterungen zu der Oberappellationsgerichts-Ordnung n. 1 zu § 131

woraus dann von selbst folgt, daß die — von dem Kläger princi-

politer beantragte Ableistung des im § 10 der Frankfurter Provocationsordnung erwähnten bloßen Calumnieneides nicht genügt.

Für den Fall dieser Eidesleistung waren sodann die vorigen Erkenntnisse für jetzt wieder aufzuheben und mußte aber nach Vorschrift des § 132 der Gerichts-Ordnung das neue Vorbringen zur weiteren Instruction und abermaligen Entscheidung in der Hauptsache an das Stadtgericht zurückverwiesen werden. Es erschien jedoch angemessen, über die bereits spruchreifen Puncte, welche das beim Oberappellationsgerichte stattgefundene Productionsverfahren betreffen, sofort hier zu erkennen, was durch die eben angeführte Vorschrift des § 132 nicht verhindert wird.

Die Kosten zweiter und dritter Instanz waren deßhalb zu vergleichen, weil die Frage, ob der Beklagte zu einem Erfüllungs- oder der Kläger zu einem Reinigungseide zuzulassen sei, nach der Actenlage zur Zeit der vorigen Erkenntnisse unverkennbar als eine zweifelhafte erscheint.

LXXXVIII.

Dr. B. J. Römer dahier, Kläger

contra

den städt'schen Fiscus, resp. hies. Stadtkämmerei, Beklagten.

Die Nothfrist der vom Kläger eingeführten Oberappellation war desert: das Oberappellationsgericht restituirte am 30. Mai 1848 den appellantischen Sachführer unter Verurtheilung desselben in sämmtliche Kosten, einschließlich der durch den Contumacialantrag des Appellanten verursachten, und unter dessen Verurtheilung in eine Geldstrafe, insofern der appellantische Sachführer in einem vom Appellationsgerichte anzusetzenden Termine — — annoch handtreulich auf seinen geleisteten Amtseid versichern würde, daß die bei Einführung und Rechtfertigung

der Appellation gegen das Erkenntniß des Appellationsgerichts vom 17. Dec. vor. Jahres vorgefallene Versäumung der Nothfrist lediglich durch seinen Irrthum herbeigeführt und der Appellant selbst dabei völlig außer Schuld sei.

206. Restitution gegen Versäumniß der Nothfrist.

— — Da indessen die Gewährung der wider Versäumniß von Fatalien nachgesuchten Restitution, bei der allgemeinen Fassung des § 160 der Oberappellationsgerichts-Ordnung nicht von dem Grade der den Sachführer treffenden Schuld, sondern lediglich davon abhängig zu machen ist, ob derselbe allein, und nicht die Parthei selbst die eingetretene Versäumniß verschuldet habe, da auch schon der bloße Verlust des Rechtsmittels, wie das Oberappellationsgericht stets angenommen, eine hinreichende Läsion begründet, und im Uebrigen den im § 156 und 158 der Oberappellationsgerichts-Ordnung aufgestellten Erfordernissen eines Restitutionsgesuches vollständig in vorliegendem Falle genügt war, so mußte zwar auf gehörige Bescheinigung des vorgeschützten Restitutionsgrundes erkannt werden, wofür obwaltenden Umständen nach ein auf seinen Amtseid geleistetes Handgelöbniß des Sachführers, daß er in obgedachtem Rechtsirrthum befangen und die Parthei hierbei ohne alle Schuld gewesen sei, wohl genügen durfte; dem vorgängig aber konnte die erbetene Restitution, wie denn auch für den Fall alsbald beliebt worden, nicht versagt werden. Die gleichzeitig wider den Sachführer ausgesprochene Verurtheilung, sämmtliche durch das Restitutionsverfahren veranlaßte Kosten den Partheien aus eigenen Mitteln zu ersetzen, bedarf bei der klaren deßfallsigen Vorschrift des § 160 der Oberappellationsgerichts-Ordnung an sich keiner weiteren Ausführung. Aber auch der Antrag des Appellanten, daß Appellatin, welche die ihr gestattete Vernehmlassung binnen gesetzter Frist nicht eingebracht hat, in die Kosten des dadurch veranlaßten Contumacial-Antrages verurtheilt werde, konnte nicht beachtet werden, indem der an der Versäumniß schuldige Sachführer nicht etwa bloß die seinem Mandanten sonst zur Last fallenden Kosten tragen soll, sondern beiden Partheien die deßfallsigen Kosten

zu erstatten hat, eine Berücksichtigung jenes Antrages daher für den Appellanten selbst, wie für dessen Sachführer ohne alles Interesse und zugleich dem Gesetze direct entgegen wäre.

LXXXVIII.

Johanna Maria Gertrude, geb. Wunderlich, früher verehelicht gewesene Pfefferkorn, jetzt geschiedene Kahl dahier, Klägerin

contra

Ludwig Karl Kahl dahier, Beklagten.

Der Beklagte war verurtheilt worden, während des Ehescheidungsprocesses seiner Ehefrau monatliche Alimente von fl. — zu verabfolgen. Nachdem der Beklagte die von seiner geschiedenen Ehefrau inferirten Immobilien derselben zurückerstattet hatte, beantragte er Herabsetzung der Alimente. Das Stadtgericht setzte am 17. Juni den Alimentenbeitrag auf die Hälfte der ursprünglichen Summe herab. Auf beiderseitige Appellation erkannte das Appellationsgericht am 18. September 1846, daß die Alimente im ursprünglichen Betrage von fl. — um den Ertrag der der Klägerin zurückerstatteten Vermögensstücke herabzusetzen seien. Auf beiderseitige Oberappellation erkannte unter Compensation der Kosten aller drei Instanzen das Oberappellationsgericht am 8. Juni 1848, daß der Beklagte der Klägerin vom 19. Juni 1846 an bis zur weiteren Restitution ihrer Illaten den Betrag von monatlich fl. — (als die muthmaßlichen Erträgnisse des noch in den Händen des Beklagten befindlichen Vermögens der Klägerin) zu zahlen habe.

207. In wiefern liegt dem geschiedenen Ehemanne die Alimentation seiner geschiedenen Ehefrau ob?

Bei Feststellung der, so lange die Ehe zwischen den Partheien bestand, während des Scheidungsprocesses vom Beklagten der

Klägerin zu zahlenden Alimente konnten nicht bloß die Illaten der Ehefrau zur Basis dienen, sondern, in Folge der in Frankfurt stattfindenden Gemeinschaft der Errungenschaft, die Gesammteinnahme des Beklagten, einerlei, woher sie rührte. Und unverkennbar ist auch hiernach verfahren worden, da sonst neben ordentlichen Alimenten von fl. — monatlich dem Beklagten nicht noch die Bezahlung von Badereisen, Miethe von Gartenwohnungen, Arztlohn und Proceßkosten von so hohem Belaufe hätten auferlegt werden können, während schon jene ordentlichen Alimente den Ertrag der Illaten übersteigen. Nachdem nun aber die Ehe definitiv getrennt worden, hat mit dem in dem ehelichen Bande liegenden Rechtsgrunde zur Alimentation überhaupt, auch jener Grund für das Maaß der Alimente, nämlich die Gemeinschaft des Erwerbes aufgehört. Und nachdem nunmehr auch der größte Theil der Illaten restituirt ist, kann zum Behuf der Entscheidung darüber, wieweit die Alimente herabzusetzen seien, nicht mehr davon ausgegangen werden, daß früher der Klägerin rechtskräftig fl. — jährliche Alimente zuerkannt seien, um zu fragen, was die restituirten Gegenstände einbringen und was ihr also nach deren Rückempfange an jenen fl. — fehle; sondern es kann das Maaß dessen, was der Beklagte der Klägerin noch ferner zu leisten hat, lediglich nach dem Werthe des noch in seinen Händen verbliebenen Vermögens der Klägerin berechnet werden. Denn der Satz, daß auch nach erfolgter gänzlicher Scheidung der für den schuldigen Theil erklärte Ehemann die Frau, wenn sie kein Vermögen besitzt, ernähren müsse, ermangelt, obgleich derselbe bei einzelnen Schriftstellern sich findet,

Schmalz canonisches Recht § 315

Glück Commentar Th. 26 p. 475

doch jedes gesetzlichen Grundes und würde jedenfalls hier, wo die Ehefrau in den restituirten Immobilien ein Vermögen von fl. — besitzt, keine Anwendung leiden können.

Adoptirt man nun dieses Princip, so ergibt sich daraus Folgendes. Besitzt der Beklagte noch Illaten der Klägerin, so steht dieser mindestens das Recht zu, soviel successiv davon ausbezahlt zu verlangen, als sie zur Ergänzung der ihr nöthigen Subsistenz-

mittel bedarf. Insoweit diese Zahlungen die gesetzlichen Zinsen ihres Guthabens nicht überschreiten, kann man sie immerhin Alimente nennen; insoweit sie aber die Zinsen übersteigen, sind es Abschlagszahlungen, die der Beklagte bei der demnächstigen schließlichen Liquidation der Klägerin in Anrechnung bringen darf. Da nun die Partheien eine Entscheidung darüber verlangen, zu welchen Alimenten der Beklagte noch verbunden sei, so können diese nur auf ein den Zinsen des Guthabens der Klägerin entsprechendes Maaß bestimmt werden. Dieses Guthaben, nämlich dasjenige, was von den Illaten der Klägerin von fl. — der Beklagte noch nicht restituirt hat, beträgt nun aber — — — — fl. —.

Freilich — — — redet die Klägerin zwar auch noch von der in den Händen des Beklagten befindlichen Errungenschaft. Allein diese Bemerkung ist nur so unbestimmt hingeworfen und die vom Beklagten, unter Berufung auf das Zeugniß des ihm bei Führung der Handlung gerichtlich zugeordneten controlirenden Assistenten, aufgestellte bestimmte Behauptung, daß eine Errungenschaft überall nicht vorhanden sei, hat — — — einen so hohen Grad von Wahrscheinlichkeit, daß unbedenklich, für jetzt wenigstens davon abzusehen war.

Daß endlich die Behauptung der Klägerin, es seien die — — Obligationen von ihr zum Behufe ihrer Lebsucht angegriffen worden und die inferirten Mobilien theilweise nicht mehr vorhanden, nach dem obigen Princip, wonach es sich nur fragt, was noch vom Vermögen der Klägerin in des Beklagten Händen sich befindet, durchaus unerheblich ist, bedarf keiner weiteren Ausführung.

Nimmt man nun aber den Werth der annoch zu restituirenden Illaten **salva liquidatione** vorläufig zu fl. — an, was zum Zinsfuß von 4 Procent jährlich fl. — ergibt, so folgt daraus, daß — — — das Quantum der Alimente nunmehr (auf diesen Betrag) herabzusetzen war.

208. Billiges Ermessen bei der Vermögensauseinandersetzung geschiedener Eheleute.

Der weiteren Beschwerde des Beklagten, daß die Herabsetzung der früheren Alimente nicht bereits als mit dem 13. Mai 1846 —

dem Tage der Restitution der Immobilien — eintretend erkannt sei — — — war nicht statt zu geben. Allerdings zwar entbehrte der Beklagte vom 13. Mai an die Nutzungen der an diesem Tage restituirten Immobilien. Dagegen würde es unbillig sein, die verminderten Alimente sofort mit diesem Tage eintreten zu lassen, da die Klägerin ihrerseits unmöglich im Stande war, die Immobilien sofort zu benutzen, sondern noch einige Zeit zur nöthigen Einrichtung bedurfte und zwar um so unbilliger, als der Beklagte die Restitution der Immobilien, zu der er sofort nach dem rechtskräftigen Scheidungsurtheil vom 21. September 1844 schuldig war, noch fast zwei Jahre hingezogen hat. Daher erscheint es nur als eine billige Berücksichtigung der Verhältnisse, wenn die vorigen Gerichte der Klägerin die Restitution der Immobilien allererst mit dem 19. Juni angerechnet haben.

209. Kostencompensation.

Was den Kostenpunct betrifft, so konnte, obgleich gegenwärtig noch nachtheiliger für die Klägerin erkannt wird, als es in den beiden vorigen Instanzen geschehen ist, dennoch der auf Verurtheilung der Klägerin in die Kosten gerichteten Beschwerde des Beklagten nicht stattgegeben werden, da denn doch in keiner Instanz ganz nach seinen Anträgen erkannt ist und besonders nach dem für die Abmessung der Alimente in erster Instanz von ihm aufgestellten und in der gegenwärtigen wieder ausschließlich geltend gemachten Gesichtspuncte die Sache so zweifelhaft erscheinen mußte, daß der Klägerin die weitere Verfolgung der Sache nicht anzurechnen ist. Es erschien daher angemessen, es nicht nur bei der in erster Instanz stillschweigend, in zweiter ausdrücklich erkannten Compensation zu belassen, sondern auch die Kosten der gegenwärtigen Instanz zu vergleichen.

LXXXIX.

Gebrüder Jay dahier, Kläger

contra

J. N. Berger u. J. Rigaud als Inhaber der Handlung H. D. Dreßler dahier, Beklagte.

Die Beklagten hatten die oben Nr. VIII. mitgetheilte Eidesdelation über die Negative des Beweissatzes über Nichtwissen angenommen und nur eventuell den Klägern den Eid zurückgeschoben. Es erhob sich nun ein Streit darüber, ob der Eid de veritate oder jedenfalls auch als Glaubenseid auszuschwören sei.

Das Stadtgericht formulirte am 8. Juli 1846 den gedachten Eid auf das Nichtwissen und Nichtglauben der Schwörenden. Auf beiderseitige Appellation wurde dieses Urtheil vom Appellationsgerichte am 18. September 1846 bestätigt, während auf Oberappellation der Beklagten unter Kostencompensation das Oberappellationsgericht am 20. Juni 1848 den Eid dahin formulirte: „daß sie, die Beklagten, nach sorgfältiger Erkundigung nicht wissen, daß der fragliche Ballen bei dessen Ablieferung an ihre Leute auf dem Eisenbahnhofe ein Mindergewicht bis zu 27 Pfd. im Verhältniß zu dem in dem Dieffenbach'schen Frachtbriefe angegebenen Gewicht gehabt habe, und auch weder wissen, noch glauben, daß dieses Mindergewicht entstanden sei, während sich der Ballen in dem Gewahrsam ihrer Leute befunden habe."

210. Glaubenseid bei facta aliena.

Die Frage, inwiefern ein Eid, welcher über Thatsachen deferirt ist, die dem Delaten fremd und an sich persönlich unbekannt sind, abgesehen von dem besonderen Falle, wenn dieselben in Handlungen des Erblassers des Delaten bestehen, nur über Nichtwissen oder auch über Nichtglauben abzuleisten sei, ist zwar theoretisch zweifelhaft

vergl. J. R. A. § 41 u. 49

und unter den Schriftstellern bestritten, das Oberappellationsgericht hat aber stets den Grundsatz als den richtigen betrachtet und in seinen Erkenntnissen befolgt, daß es dabei auf richterliches Ermessen und die concreten Umstände, namentlich darauf ankomme, ob mit Grund anzunehmen sei, daß sich der Delat eine, wenn auch nur wahrscheinliche Auskunft über das Sachverhältniß verschafft habe oder noch verschaffen kann.

Fr. S. Taunus-Eisenb.-Comit. c. Trier u. Cp. 1840
Trakert c. Friedrich 1848 (cf. oben Nr. 180).

Soviel nun den jetzt streitigen, den Beklagten deferirten Eid betrifft, so sind unter dem Factum, worüber die Beklagten schwören sollen, daß nämlich das Mindergewicht von etwa 27 Pfd. —, welches sich bei der Untersuchung des Ballens im Geschäftslocal der Kläger am 2. September 1842 vorgefunden hat — bei der Ablieferung des Ballens durch die Leute der Beklagten an die Leute der Kläger am 1. September noch nicht vorhanden gewesen sei, in der That die drei verschiedenen Facta begriffen, daß die Entwendung des fehlenden Stücks Tuch

1. weder während der Zeit von dem Abgange des Ballens von Cöln — wo derselbe nach dem Waagezettel noch das volle Gewicht hatte — bis zu dessen Ablieferung an die Leute der Beklagten auf dem Frankfurter Bahnhof, noch auch

2. während des Transports des Ballens durch die Leute der Beklagten vom Bahnhofe nach dem Geschäftslocale der Kläger, vielmehr

3. erst nach der Ablieferung des Ballens an die Leute der Kläger bis zu dessen Untersuchung am folgenden Tage stattgefunden habe.

Diese drei verschiedene Zeiträume aber sind hier hinsichtlich der Eidesformel zu unterscheiden. Es mußte nämlich

1. in Ansehung der Zeit, wo der Ballen von den Leuten der Beklagten zu den Klägern transportirt ist, allerdings bei dem in den vorigen Instanzen erkannten Eide über das Nichtwissen und Nichtglauben der Beklagten verbleiben. Denn theils ist es möglich, daß die Beklagten von den genannten Personen, welche zu ihnen in einem speciellen Dienstverhältnisse stehen, durch

vertrauliche Mittheilung über das während jenes Transports Vorgefallenen etwas erfahren haben oder noch erfahren können, was sich in deren Aussagen als Zeugen nicht findet, theils müssen die Beklagten im Allgemeinen wissen, ob jene Personen rechtliche, zuverlässige und achtsame Leute sind, und wäre Letzteres nicht der Fall, so würde ihnen, da sie dieselben gewählt haben, ein Verschulden zur Last fallen. — — Dahingegen

2. können die Beklagten in Betreff der beiden anderen gedachten Zeiträume nur zu einer Eidesleistung über ihr Nichtwissen — nach sorgfältiger Erkundigung — für schuldig erachtet werden. — — Denn hier hat sich der Ballen weder in dem Gewahrsam von Personen befunden, für welche die Beklagten verantwortlich sind, noch ist abzusehen, wie sie sich über das, was mit dem Ballen damals vorgegangen ist, eine besondere Auskunft verschafft haben sollten oder verschaffen konnten. Dies ist in Ansehung des dritten Zeitraums — wo sich der Ballen im Geschäftslocale der Kläger und in Gewahrsam ihrer Leute befand — von selbst klar, verhält sich aber auch ganz ebenso bei dem ersten Zeitraume — von dem Abgang des Ballens von Cöln bis zu dessen Ablieferung an die Leute der Beklagten auf dem Frankfurter Bahnhofe. Es ist nämlich constatirt, daß der Ballen weder in Bieberich, noch auf dem Frankfurter Bahnhofe nachgewogen wurde, — daß derselbe ferner bis zu dessen Transport durch die Leute der Beklagten zu den Klägern auf dem Frankfurter Bahnhofe geblieben ist und endlich war der Ballen zu schwer (322 Pf.), als daß ein Manco von 27 Pfd. durch das bloße Gefühl beim Auf- und Abladen hätte gemerkt werden können.

211. Sinn des Glaubenseid.

Es ist zu bemerken, daß der Sinn eines auferlegten Eides über das Nichtglauben überhaupt nicht der ist, daß der Delat zu schwören habe, er glaube positiv, daß die fragliche Thatsache unwahr sei, sondern nur, er habe nicht den positiven Glauben, daß sie wahr sei.

212. Glaubenseid. Annahme über Nichtwissen. Begriff des fremden Factums.

Die Kläger haben sich nun zwar, um eine Verpflichtung der Beklagten zur Ableistung eines Eides über Nichtglauben hinsichtlich des ganzen Beweissatzes zu begründen, noch auf Folgendes berufen:

1. die Beklagten hätten in erster Instanz nur ihre Schuldigkeit zu einer Eidesleistung de veritate, nicht über ihr Nichtglauben bestritten;

2. da die Beklagten zunächst den Klägern dafür aufkommen müßten, daß der Ballen bei dessen Ablieferung an die Letzteren das im Frachtbriefe angegebene Gewicht gehabt habe, so sei die Thatsache, über welche der Eid deferirt worden, für sie kein fremdes Factum.

Allein diese Argumentationen können nicht für zutreffend erachtet werden, denn:

ad 1. wenn es gleich richtig ist, daß die Beklagten in erster Instanz nicht gesagt haben, sie brauchten nicht über ihr Nichtglauben zu schwören, so haben sie doch auch dort immer ganz bestimmt erklärt, daß sie nur zu einer Eidesleistung über ihr Nichtwissen schuldig seien, und der von den Klägern aus dem erstgedachten Umstande hergeleiteten Folgerung, daß die Beklagten unter dem von ihnen angebotenen Eide über ihr Nichtwissen das Nichtglauben mitverstanden, sich also zu dieser letzteren Eidesleistung bereit erklärt hätten, steht die allgemeine Auslegungsregel in

L. 66 D. de judiciis (5, 1)

und das nachherige Verfahren der Beklagten entgegen, welche, als ihnen nun das Stadtgericht eine Eidesleistung über ihr Nichtglauben auferlegte, sich hierüber sofort durch eine besondere Appellation beschwerten und später die Ansicht ausführten, daß ein Glaubenseid überhaubt rechtlich unzulässig sei.

Ad 2. Bei diesem Argumente ist dem Begriffe eines fremden Factums, so wie solcher bei der Frage von der Formulirung eines zugeschobenen Eides vorkommt, wo er nämlich darin besteht, daß das Factum dem Delaten an sich persönlich unbekannt ist, ein ganz anderer Begriff untergeschoben, indem die Kläger den

Begriff eines eigenen Factums hier darin setzen wollen, daß dasselbe eine gewisse rechtliche Verpflichtung des Delaten zur Folge habe.

XC.

Johann Daniel Leonhard dahier, Kläger

contra

die Bauamts-Eisenbahn-Commission dahier, Beklagte.

Als die Bauamts-Eisenbahn-Commission den Eisenbahndamm quer über den sogenannten verschlossenen Weg führte, stellte Johann David Leonhard unter der Angabe, daß jener Weg Privateigenthum der anstoßenden Güter sei, das interdictum de itinere an. Das Stadtgericht erkannte am 23. Februar 1840 auf den Beweis des Klägers:

a. daß der fragliche Weg sich im Eigenthum der Eigenthümer der anliegenden Grundstücke befinde und

b. daß Implorant Eigenthümer des Grundstückes Gew. 2 Nr. 21ª sei und sich als solcher im Besitze der fraglichen Wegegerechtigkeit befinde.

Auf Appellation der Beklagten erkannte unter Kostencompensation das Appellationsgericht am 24. Juni 1846, daß

a. Kläger außer den obigen zwei Beweisen ferner zu beweisen habe, ob und welchen Nachtheil er durch die Aufschüttung des verschlossenen Wegs an seinem Grundstück erleide;

b. daß dem beklagtischen Theile außer dem directen Gegenbeweise auch der Beweis, entweder, daß der geschlossene Weg in derselben Weise ferner, wie bisher, gebraucht werden könne, oder daß ein neuangelegter Weg dem Kläger die Communication mit seinem Garten auf ebenso bequeme Art gewähre, wie der bisherige Weg gewährt habe, vorzubehalten sei.

Auf beiderseitige Oberappellation erkannte unter Compensation der Hälfte der Kosten und Verurtheilung der Beklagten in die

andere Hälfte derselben das Oberappellationsgericht am 21. Juli 1848, daß das stadtgerichtliche Urtheil wiederum herzustellen und der Beklagte außer dem directen Gegenbeweise nur die ihm im appellationsgerichtlichen Erkenntnisse vorbehaltene zweite Beweisalternative vorzubehalten sei.

213. Interdictum de itinere. Vollendung der Anlage.

Die Beklagte beantragt mittelst ihrer Appellation die sofortige Abweisung der Klage und stützt diesen Antrag — — zunächst auf die Vorschriften des

L. 1 § 1 D. de oper. novi nunciat. (39, 1)

und des

art. 74 der prov. Proc.-Ordnung.

Allein die erste Stelle kommt schon deßwegen gar nicht in Betracht, weil vorliegend nicht die Erfordernisse der **operis novi nunciatio**, sondern das **interdictum de itinere** in Frage stehen, bei welchem darauf, ob die Anlage, wodurch der Kläger in Ausübung seiner Servitut gestört wird, erst angefangen oder schon vollendet sei, nichts ankommt, sobald nur die freie Ausübung noch während 30 Tagen im letzten Jahre stattgefunden hat.

In der zweiten Stelle wird freilich nicht bloß verordnet, daß Bauverbote noch während des Baues nachgesucht werden müssen, sondern auch daß derjenige, welcher mit seinem Widerspruche wissentlich bis nach vollendetem Baue wartet, so angesehen werden solle, als ob er in den Bau eingewilligt habe, und diese präsumtive Einwilligung würde allerdings auch dem interdictum de itinere entgegenstehen. Allein es ist eine durchaus ungegründete Behauptung, daß zur Zeit der angestellten Klage der Bau schon vollendet gewesen sei, da der beabsichtigte Bau in Anlegung eines Eisenbahn-Dammes besteht, wovon die zur Zeit der Klage allein erst vollzogene Ueberschüttung des Weges mit Kies nur eben den ersten Anfang bildet. Wollte man die fragliche Vorschrift mit der Beklagten dahin auslegen, daß schon jeder einzelne Theil eines beabsichtigten Baues als ein eigenes opus für sich anzusehen sei, welches nach einmal erfolgter Ausführung nicht weiter angefochten werden dürfe, so würde die, ihrem wahren Sinne nach höchst billige und

zweckmäßige Vorschrift des art. 74 zu den widersinnigsten Resultaten führen und daraus folgt die Verwerflichkeit dieser Auslegung ohne Weiteres von selbst.

L. 19 D. de legibus (1, 3)

214. Expropriation gegen bloß Servitut-Berechtigte.

Den zweiten Grund zur sofortigen Abweisung der Klage nimmt die Beklagte aus dem Expropriationsgesetze her, indem sie behauptet, daß gegen bloß Servitut-Berechtigte es keiner besonderen Expropriation bedürfe, sondern sobald der Entäußerer das Eigenthum des Grundes, worauf er die Anlage machen wolle, erworben habe, könne er sofort mit Ausführung der letzteren den Anfang machen und der Servitut-Berechtigte müsse sich nach § 14 Nr. 3 des Expropriationsgesetzes mit der demnächstigen Ablösung seiner Gerechtigkeit begnügen.

Allein wenn auch dies Gesetz sich über das gegen Servitut-Berechtigte zum Zwecke der Ausmittelung der ihnen gebührenden Entschädigung einzuhaltende Verfahren nicht besonders ausspricht (wiewohl doch die §§ 3, 6 und besonders § 11 einen erheblichen Grund dafür an die Hand geben, daß auch gegen diese in Ermangelung gütlicher Verständigung ein Expropriations-Verfahren eingeleitet werden müsse), so ist doch jedenfalls im § 1 ganz klar bestimmt, daß auch die Abtretung von Servituten nur gegen volle vorgängige Entschädigung verlangt werden könne, und damit stimmt auch der § 14 Nr. 3 vollkommen überein, indem darnach das abzutretende Gut dem Entäußerer nur gegen Bezahlung der dem Eigenthümer zuerkannten Entschädigung und gegen Bezahlung der weiter abzulösenden Lasten zuerkannt werden soll. Hieraus folgt aber von selbst, daß wenn der Entäußerer den Servitut-Berechtigten, noch ehe derselbe die ihm gebührende Abfindung erhalten hat, durch den Anfang des Baues im Besitz seiner Gerechtigkeit eigenmächtig stört, dieser sich gegen dies widerrechtliche Verfahren des Entäußerers der gewöhnlichen Rechtsmittel bedienen kann, ohne daß Letzterer sich darauf berufen könnte, daß sein Unternehmen vom Staate autorisirt sei, da er ja die Bedingungen noch nicht vollständig erfüllt hat, unter welchen

ihm diese Autorisation ertheilt worden ist. Da nun im vorliegenden Falle die dem Kläger gebührende Entschädigung noch gar nicht einmal ausgemittelt und es auch zur Zeit noch keineswegs gewiß ist, daß der von der Beklagten neu angelegte Weg, auf welchen sie den Kläger statt anderweiter Entschädigung verweisen will, demselben eine ebenso bequeme Communication gewähre, als der bisherige, so muß der Kläger noch zur Zeit für berechtigt gehalten werden, sich des interdictum de itinere gegen die Eisenbahn-Commission ebensowohl zu bedienen, wie gegen jeden anderen Störer seines Besitzes. Und daran kann auch der Umstand, daß es noch streitig ist, ob dem Kläger wirklich eine Wegegerechtigkeit zustehe, nichts ändern. Denn das Aeußerste, was hieraus zu folgern stände, wäre doch nur, daß der Kläger den im § 15 des Gesetzes genannten Dritten, welche Ansprüche erheben, beigezählt werden müßte, deren Ansprüche der dort gemachten Vorschrift zufolge nicht anders unberücksichtigt bleiben dürfen, als wenn zuvor die Entschädigungssumme gehörig deponirt worden ist.

215. Declaratio libelli.

Die Beklagte macht noch geltend, daß es an den gemeinrechtlichen Bedingungen für die Anwendbarkeit des interdictum de itinere auf den vorliegenden Fall fehle. Da dies ebenfalls als ein Grund für die sofortige Abweisung der Klage ohne weiteren Beweis geltend gemacht wird, so kann damit nur die in der Exceptionsschrift enthaltene Rüge gemeint sein, daß das Interdict eine während des letzten Jahres an 30 verschiedenen Tagen stattgefundene Ausübung der Wegegerechtigkeit voraussetze, eine Ausübung dieses Umfanges aber in der Klage gar nicht behauptet worden sei. — Nun ist freilich diese Behauptung in der Klage nicht ausdrücklich aufgestellt worden, sondern erst in der Replik nachgeholt worden. Allein implicite war dieselbe auch schon in der Klage hinreichend enthalten. Denn so wie Jemand, der aus einem bestimmten Rechtsgeschäfte z. B. aus einem Testamente klagt, nicht nöthig hat, alle einzelnen Erfordernisse der Gültigkeit desselben in der Klage einzeln aufzuzählen und zu behaupten, sondern diese Behauptung schon darin liegt, daß er das

Testament als Grund seiner Ansprüche geltend macht, so braucht auch der Kläger, welcher sich auf seinen Besitz zu Begründung eines bestimmten Interdicts beruft, nicht alle einzelnen Erfordernisse dieses Besitzes speciell anzuführen und besonders zu behaupten. Die namentliche Heraushebung einer wenigstens dreißigtägigen Ausübung der Weggerechtigkeit in der Replik ist also keine emendatio, sondern nur eine declaratio libelli, welche auch noch nach der Litiscontestation stattfindet.

Ref. I. Tit. 17 § 6.

216. Schaden bei dem interdictum de itinere.

Der Kläger richtet eine seiner Beschwerden dahin, daß das vorige Erkenntniß ihm außer den vom Stadtgerichte festgesetzten Beweisen auch noch den Beweis auferlegt hat, „ob und welchen Nachtheil er durch die Aufschüttung des (fraglichen) Theils des verschlossenen Wegs an seinem Grundstück erleide,“ und diese Beschwerde mußte für gegründet erachtet werden. Denn der Kläger hat keine Entschädigungsklage, sondern das interdictum de itinere angestellt, und, obgleich es keinen Anstand hat, daß er künftig gegen Empfang der gehörigen Entschädigung die behauptete Weggerechtigkeit wird aufgeben müssen, wie er dies auch selbst anerkennt, so ist er doch für jetzt, weil er vorher entschädigt werden muß, nach dem, was oben Nr. 214 angeführt worden ist, noch berechtigt, sich dem Bau der Beklagten durch Anstellung des interdictum de itinere zu wiedersetzen. Zu dessen Begründung gehört aber kein weiterer Schaden, als derjenige, welcher für ihn aus der Störung seines Besitzes entspringt. Diese Störung würde nun freilich der Kläger beweisen müssen, da die Beklagte solche in Abrede gestellt hat, wenn nicht dieselbe schon ganz von selbst und ohne weiteren Beweis völlig klar vorläge; dies ist aber allerdings der Fall. Denn eine solche Störung ist nicht bloß dann vorhanden, wenn dem Kläger die Benutzung des fraglichen Weges ganz unmöglich geworden, sondern auch schon dann, wenn diese Benutzung ihm nur bedeutend erschwert worden ist, und daß die Anlage eines hohen Eisenbahn-Dammes quer über die ganze Breite des vom Kläger benutzten Weges eine solche Er-

schwerung mit sich führe, ist, wie schon das Stadtgericht in seinem Erkenntnisse bemerkt hat, unzweifelhaft.

217. Eine mittelst Beibringung von nova in höherer Instanz anticipirte Beweisführung zur Beseitigung des Beweisverfahrens.
(cf. Bd. I. Nr. 233.)

Es ist ein unzulässiger Mißbrauch des beneficium novorum, die Aufhebung einer in erster Instanz mit Recht gemachten Beweisauflage dadurch begründen zu wollen, daß man diesen Beweis in den obern Instanzen beibringt.

218. Interdictum de itinere. Petitorische Einrede in dem possesiorium.

Endlich ist in dem Antrage des Klägers, das Erkenntniß voriger Instanz wieder aufzuheben und das Stadtgerichts-Erkenntniß lediglich wieder herzustellen, implicite auch noch das Verlangen enthalten, die beiden im vorigen Erkenntnisse der Beklagten außer dem directen Gegenbeweise noch ferner nachgelassenen zwei besonderen Beweise wiederum aufzuheben, und wenn gleich daraus, weil Kläger in seiner Appellations-Ausführung dieser Beweis-Nachlassung überall nicht näher gedacht hat, wohl ein Zweifel darüber entstehen könnte, ob derselbe bei Aufstellung des obgedachten Antrags auch wirklich die Absicht gehabt habe, sich über jene Beweisnachlassungen zu beschweren, so wird dies doch zufolge der Vorschrift in

L. 66 D de judiciis (5, 1)

um so mehr anzunehmen sein, als die Ausführung des Appellationslibells hauptsächlich darauf gerichtet ist, daß zur Zeit nur das possessorium, nicht aber auch das petitorium zur Entscheidung stehe, die fraglichen Beweis-Nachlassungen aber zum Theil durch die entgegengesetzte Ansicht herbeigeführt sind.

Soviel nun den Antrag selbst betrifft, so mußte auch allerdings der erste, der Beklagten nachgelassene Beweis, „daß der geschlossene Weg in derselben Weise ferner, wie bisher, benutzt werden könne," wieder aufgehoben werden, weil, wie in Nr. 216 angeführt worden, das Gegentheil dieser von den Beklagten aufgestellten Behauptung schon jetzt klar vorliegt und die Beklagte

dieselbe auch duplicando schon größtentheils wieder zurückgenommen hat.

Dagegen aber erschien es doch angemessen, den zweiten Beweis, „daß ein neu angelegter Weg dem Kläger die Communication mit seinem Garten auf ebenso bequeme Art gewähre, wie der bisherige Weg", unverändert beizubehalten. Denn wenn gleich diese Behauptung der Beklagten nicht sowohl eine possessorische, sondern mehr eine petitorische Einrede gegen das angestellte Interdict bildet, und es im Allgemeinen als Regel angesehen wird, daß gegen eine angestellte possessorische Klage keine illiquiden petitorischen Einreden zulässig seien,

J. H. Böhmer Exerc. ad. Pand. T. 5 ex. 90 c. 2 § 8
Grolmann Theorie des gerichtl. Verf. ed. 2. p. 490 nle. a

so kommt doch dagegen in Betracht, daß, wie der Kläger selbst anerkennt, er verbunden ist, der Beklagten seine Wegegerechtigkeit gegen Entschädigung abzutreten und daß es eine genügende Entschädigung sein würde, wenn der von der Beklagten bereits angelegte neue Weg dem Kläger eine ebenso bequeme Communication gewährt, wie der bisherige. Darnach würde aber, wenn wirklich Letzteres der Fall ist, ein dem Kläger dennoch gewährter Schutz im Besitze seiner bisherigen Wegegerechtigkeit, welcher nur durch Demolition des über den verschlossenen Weg hingeführten Theils des Eisenbahn-Dammes thunlich wäre, eine höchst unvernünftige Maßregel sein, da dessen Wiederherstellung doch sofort erfolgen müßte; und es stände dem Kläger der bekannte Grundsatz entgegen: dolo facit, qui petit quod redditurus est.

L. 173 § 3 D. de reg. jur. (50, 17)

Auch wird derselbe durch die Zulassung des fraglichen Beweises in dem jetzigen Verfahren processualisch nicht benachtheiligt, da die Beweislast hier die Beklagte ebensowohl trifft, wie dies in dem künftigen Expropriations-Verfahren der Fall sein würde, und ihm selbst noch ein Beweis über seinen Besitz zu führen obliegt, welcher weiter aussehend ist, als der fragliche, der Beklagten nachgelassene Beweis, welcher einfach durch das Gutachten von Sachverständigen zu führen ist. Und wenn es gleich nach dem Grundrisse

des Stadtgeometers wenig Anschein hat, daß die Beklagte den fraglichen Beweis zu erbringen im Stande sein werde, weil nach demselben die Communication mit der Stadt, auf welche es doch vorzüglich ankommt, mittelst des neuen Weges mit einem bedeutenden Umwege verbunden ist, so läßt sich doch hierüber zur Zeit noch nicht mit Gewißheit absprechen, da möglicher Weise dieser Umweg durch andere große Vorzüge des neuen Weges vor dem alten vollständig aufgewogen werden kann: eine nähere Untersuchung der Beschaffenheit des neuen Weges ist aber jedenfalls unerläßlich, weil die dem Kläger daneben etwa noch zu gewährende Entschädigung wesentlich von dieser Beschaffenheit abhängt.

XCI.

Samuel Adler dahier, Kläger u. Widerbeklagter

contra

Salomon Joseph Blank dahier, Beklagten u. Widerkläger.

Es handelt sich um Ansprüche aus Lotteriegeschäften; das Stadtgericht erließ am 7. Febr. 1845 ein Beweisinterlocut, das auf beiderseitige Appellation vom Appellationsgericht am 21. April 1845 bestätigt, vom Oberappellationsgericht auf Grund des thatsächlichen Vorbringens der Partheien unter Compensation von ¾ der Kosten 3. Instanz und Verurtheilung des Klägers in das weitere Viertel am 25. Sept. 1848 in einigen Puncten modificirt wurde.

219. Klagbegründung. Detaillirte Angabe der Debetposten. Summarische Angabe der Creditposten.

In der Widerklage verlangt der Kläger die Abweisung derselben wegen ihrer Dunkelheit, weil Beklagter (bei seiner Rechnungsstellung) in Betreff der Creditposten nur die Summe im Ganzen, nicht aber angegeben habe, welche Spieler diesen Betrag

und wie viel ein jeder derselben an den Beklagten bezahlt hätten. Diese Beschwerde ist unbegründet. Denn zum Klaggrunde gehören nur die Debet- nicht die Creditposten und die Angabe der letzteren in der der Widerklage beigefügten Rechnung ist nichts Anderes, als eine im voraus erklärte Einräumung einer dem Kläger zustehenden Einrede der Zahlung, welche nur deßhalb geschehen mußte, weil der Beklagte sich keiner pluspetitio schuldig machen durfte. Dieser letzteren Verpflichtung genügte aber der Beklagte dadurch vollkommen, daß er die abzuziehenden Summen im Ganzen angab, um dadurch den Restbetrag seiner Forderung festzustellen, ohne — wie bei der Angabe seines Klaggrundes — zu einer weiteren Specification schuldig zu sein, und es war nun die Sache des Klägers, wenn er die Einrede der Zahlung zu einem höheren Betrage geltend machen wollte, seinerseits die sämmtlichen geleisteten Zahlungen mit einer Specification anzugeben, wo ihm dann nach der Regel des Processes der Beweis über den Mehrbetrag auferlegt sein würde.

XCII.

Ph. J. Baruch dahier, Kläger

contra

die Administration des Nachlasses des Landgrafen Georg Carl von Hessen zu Darmstadt, Beklagte.

Ein de dato München 23. März 1804 auf 12 Monate nach dato von dem Prinzen Georg Carl von Hessen an die Ordre des Beer Nehem Rindskopf ausgestellter Sola-Wechsel von fl. 23,300. 54 kr. (Werth in Rechnung) war am 17. Sept. 1832 auf Mändle, am 17. April 1837 an Dessauer, am 19. April 1837 an Spiro, am 20. Juni 1842 an Ph. J. Baruch cedirt worden. Als Prinz Georg Carl von Hessen starb, meldete in Folge einer von der Administration des Nachlasses unter dem

15. Juni 1832 erlassenen Edictalladung Mändl am 21. Aug. 1832 seine Forderung bei dem Commissarius an, behielt sich jedoch am 15. Sept. 1832 das Recht vor, nach Befinden seine Forderung auswärts geltend zu machen. Der Curator ad lites erkannte am 4. Nov. 1832 die Forderung nebst Zinsen bis zur Höhe des Capitals als richtig an. Am 2. Juni 1843 erhob Baruch wider die Nachlaßadministration Klage auf Zahlung obiger fl. 23,300. 54 kr. sammt Zinsen, indem er den Gerichtsstand des Arrestes begründete. Die beklagte Administration leugnete jeden rechtlichen Klaggrund, und setzte die Einreden der Verjährung, der Ungültigkeit der Cessionen, der Simulation der Cessionen von Spiro an Baruch, der Compensation und der Zuvielforderung entgegen. Das Stadtgericht verurtheilte am 7. Juli 1845 die beklagte Administration zur Zahlung der eingeklagten Summe sammt Zinsen bis zum Belaufe des Capitals und in die Kosten. Auf Appellation der Beklagten und deren Antrag auf Actenversendung wurde dieses Urtheil unter Verfällung der Beklagten in die Kosten vom Spruchcollegium zu Bonn am 30. März 1846, bestätigt, während es auf Oberappellation der Beklagten vom Oberappellationsgerichte am 30. Sept. 1848 dahin abgeändert wurde, daß Beklagte schuldig sei, die eingeklagte Summe mit 5 Procent Zinsen vom 17. Aug. 1843 und die Kosten erster Instanz zu bezahlen, sie könnte denn — erweisen, daß die am 20. Juni 1842 von Simon Spiro vorgenommene Cession der streitigen Forderung an den Kläger nur simulirt sei, — — — übrigens aber werde der Beklagten, insofern sie in dem jetzigen Processe zur Zahlung an den Kläger angehalten werden würde, vorbehalten, wegen ihrer angeblichen, als Einrede der Compensation geltend gemachten Gegenforderung an den frühern Cessionar des Wechsels Dessauer gegen den Kläger eine Klage auf verhältnißmäßige Rückgabe der geleisteten Zahlung im besonderen Verfahren anzustellen. Auch seien die Kosten dieser und der vorigen Instanz mit Ausnahme der der Beklagten allein zur Last bleibenden Kosten der Actenversendung zur Hälfte dem Kläger von der Beklagten zu erstatten, zur Hälfte zu compensiren.

220. Constitutum debiti proprii in Betreff eines Saldo's aus einem Rechnungsverhältniß durch Ausstellung eines Wechsels vorgenommen.

Soviel in der hier vorliegenden Sache den Klaggrund und zwar die eingeklagte Forderung selbst betrifft, so ist

1. weder direct aus dem zwischen dem Herrn Landgrafen und Behr Nehem Rindskopf bestandenen Rechnungsverhältnisse geklagt, indem in der Klagschrift des Letztern gar nicht erwähnt und in den späteren Schriftsätzen des Klägers ebenfalls etwas Näheres darüber nicht angegeben ist, noch auch aus dem Wechsel von 1804 als einem Wechsel.

2. Es ist ferner klar, daß aus den Verhandlungen in dem Liquidationsverfahren zu Darmstadt im Jahr 1832 kein selbstständiger Klaggrund aus dem rechtlichen Gesichtspunct eines constitutum debiti proprii entnommen werden kann, und der Kläger selbst hat auch in der jetzigen Instanz, diese Art der Begründung der Klage aufgegeben. Demnach bleibt

3. als Klaggrund nur ein constitutum debiti proprii übrig, welches der Herr Landgraf selbst durch die Ausstellung des Wechsels und das darin enthaltene Zahlungsversprechen vorgenommen und wobei eine frühere, aus jenem Rechnungsverhältnisse schon vorhandene Schuld zum Grunde gelegen habe. Zwar ist diese rechtliche Ansicht des Sachverhältnisses von dem Kläger in den vorigen Instanzen nicht bestimmt ausgesprochen, sie lag aber in seinen factischen Vorträgen, und nachdem solche in dem Erkenntnisse zweiter Instanz als Klaggrund aufgestellt worden, hat sich der Kläger dieselbe in der jetzigen Instanz völlig angeeignet.

Bei diesem letztgedachten Klaggrunde hat nun die Beklagte das Factum, daß der Herr Landgraf den Wechsel ausgestellt habe, eingeräumt; sie hat aber

1. zunächst die beiden folgenden Einwendungen dagegen vorgebracht und deßhalb auf Abweisung der Klage angebrachter Maßen angetragen:

a. in dem Wechsel sei nach dessen Inhalte kein constitutum über eine schon vorhandene frühere Schuld enthalten, und

b. die causa debendi dieser früheren Schuld sei weder in dem

Wechsel noch sonst von dem Kläger auf eine genügende Weise angegeben.

Beide Einwendungen sind jedoch für ungegründet zu achten. Denn wenn man das persönliche Verhältniß des Herrn Landgrafen und die hier vorliegenden besonderen Umstände erwägt, daß nämlich derselbe — wie die Beklagte einräumt — mit Rindskopf wirklich in Rechnung stand, nun aber diesem einen Wechsel über die ganz präcise Summe von fl. 23,300. 54 kr. ausstellte und sich zu deren unbedingten Zahlung nach 12 Monaten verpflichtete und wenn man hiermit die Erklärung des curator ad lites in den Darmstädter Verhandlungen vom 4. November 1832 verbindet, daß der Wechsel als richtig anerkannt werden müsse, welche Erklärung unter Bezugnahme auf ältere Acten erfolgt ist und, wenn sie sich auch nur auf die damaligen Vergleichsunterhandlungen bezog, doch offenbar nicht abgegeben sein würde, wenn nicht der curator ad lites die Ueberzeugung von einer existenten Schuld gehabt hätte, so ist allerdings die Thatsache, daß der Herr Landgraf den Wechsel über einen von ihm als richtig anerkannten Rechnungssaldo ausgestellt hat, mit derjenigen Bestimmtheit, wie dies bei einem constitutum debiti proprii erforderlich ist

Vgl. Jurist. Abhandl. Th. 1. p. 365 und die in nte. 59 cit. Schriftsteller

aus den Acten zu ersehen und für constatirt anzunehmen.

2. Eventualiter verlangt die Beklagte, daß dem Kläger der Beweis einer solchen früher vorhandenen Schuld auferlegt oder doch wenigstens der Beklagten der Beweis der Einrede der nicht empfangenen Valuta — was hier nichts Anderes sein könnte, als der Gegenbeweis, daß der Herr Landgraf dem Rindskopf die fragliche Summe aus dem Rechnungsverhältnisse nicht schuldig gewesen sei — nachgelassen werden solle.

Von diesen Anträgen beseitigt sich nun der erste durch das eben Ausgeführte. Es konnte aber auch dem zweiten Antrage nicht stattgegeben werden; denn da theils die hier verlangte Beweisführung eine höchst schwierige und weit aussehende ist, indem dieselbe ein vor vier und vierzig Jahren zwischen dritten Personen bestandenes Rechnungsverhältniß zum Gegenstande haben würde,

theils der Beklagten, welcher alle zum Nachlasse des Herrn Landgrafen gehörenden Papiere, namentlich die in der angeführten Erklärung des curator ad lites erwähnten älteren Acten zu Gebote stehen, über jenes Verhältniß etwas Näheres bekannt sein muß, so hätte die Beklagte, wenn sie mit dem obigen Vorbringen Gehör finden und den Verdacht einer bloßen Weiterung vermindern wollte, statt immer nur einfach die Existenz einer früheren Schuld zu leugnen und die Beschwerde aufzustellen, daß ihr nicht der Beweis der nicht empfangenen Valuta nachgelassen sei, jedenfalls in der jetzigen Instanz mit Bestimmtheit angeben müssen, daß sie positiv wisse, wie Rindskopf aus dem mehrgedachten Rechnungsverhältnisse das fragliche Guthaben nicht zugestanden habe und daß sie Beweismittel hierüber besitze, von welchem Allen nichts geschehen ist.

221. Verjährung der Wechsel nach art. 46 der Fr. W. O.

Soviel die Verjährung (aus art. 46 der Fr. W. O) betrifft, so kommt

a. das Frankfurtische Particularrecht in dem vorliegenden Falle überall nicht zur Anwendung. Die im art. 46 enthaltene Bestimmung über die fünfjährige Verjährung eigener Wechsel ist nämlich nach der klaren Fassung desselben nicht etwa ein Proceßgesetz, eine Vorschrift für die Frankfurter Gerichte, nach fünf Jahren keine Klage aus solchen Wechseln mehr anzunehmen, sondern sie ist eine an den Inhaber des Wechsels gerichtete Vorschrift, daß er die Klage binnen fünf Jahren anstellen solle, und die Erlöschung des Wechsels ist ein ihm wegen der Nichtbefolgung dieser Vorschrift angedrohtes Präjudiz, indem die in dem ersten, die Verjährung der wechselrechtlichen Klage aus eigenen Wechseln betreffenden, Satze vorkommende Worte „also und dergestalt, daß solche . . . producirt werden und der Creditor seine Klage deßwegen anstellen solle, widrigenfalls rc." sich auch auf den folgenden zweiten Satz beziehen, der mit dem ersten zusammen eine Bestimmung über die eigenen Wechsel bildet. Diese Art der Verjährung ist mithin ein materielles, unter den Partheien bestehendes Rechtsverhältniß, über dessen Existenz der Richter nur zu erkennen

hat. Aus diesem Gesichtspuncte nun aber kann dieselbe nicht nach Frankfurter Recht beurtheilt werden, da hier sowohl der Ort der Ausstellung des Wechsels, als auch der im Wechsel bestimmte Zahlungsort und der Wohnort des Schuldners im Auslande war und das jetzige Frankfurter Forum nur durch eine Arrestanlage begründet worden ist.

b. Eventualiter, wenn der art. 46 in einem solchen Falle Anwendung finden könnte, würde doch hierzu erforderlich sein, daß der Inhaber des Wechsels während eines Zeitraums von fünf Jahren aus dem Wechsel in Frankfurt hätte klagen können und von dieser Möglichkeit Kenntniß gehabt haben müßte; und dieser Zeitpunct würde hier, da in Frankfurt kein anderes Forum als ein forum arresti vorhanden ist, erst von da eingetreten sein, wo die Einzahlung der jetzt arrestirten Gelder an das Handlungshaus Ph. N. Schmidt in Frankfurt angefangen und Spiro — der erste Cessionar, welcher als Frankfurter Bürger jenes Forum geltend machen konnte — dies erfahren hat. Nun aber hat die Beklagte nie behauptet, daß Spiro schon vor dem 19. December 1839, wo er zuerst durch einen Anwalt an den Verhandlungen in Darmstadt Theil nahm, von jenem Geschäfte mit der Handlung Schmidt Wissenschaft gehabt hätte, was auch gegen alle Wahrscheinlichkeit ist, während die Anstellung der jetzigen Klage bereits am 2. Juni 1843 stattgefunden hat.

222. Unterbrechung der Klagenverjährung.

Die Einrede der gemeinrechtlichen Verjährung von 30 Jahren beseitigt sich dadurch, daß durch die Verhandlungen in Darmstadt vor dem Ablaufe der Verjährung eine Unterbrechung derselben erfolgt ist. Denn wenngleich die Klagenverjährung nicht durch eine jede Anerkennung der Schuld von Seiten des Schuldners unterbrochen wird,

L. 5 C. de duob. reis stiput. (8, 40)

so kann man doch die einzelnen Fälle, welche im römischen Rechte als Arten einer der Verjährung unterbrechenden Anerkennung vorkommen — das constitutum debiti proprii, die Ausstellung eines neuen Schuldscheins, die Ertheilung eines Pfandrechts, eine Abschlagszahlung auf das Capital und die Bezahlung von Zinsen —

nicht als jura singularia betrachten, bei welchen buchstäblich stehen geblieben werden müßte, vielmehr ist aus denselben ein gewisses Princip zu entnehmen, und dieses Princip kann nicht darin gesetzt werden, daß die Anerkennung als Geständniß einen definitiven Beweis für die Richtigkeit der Forderung geben und der Gläubiger dadurch eines weiteren Beweises überhoben sein müsse, indem dies ja weder bei der bloßen Bezahlung von Zinsen, noch auch bei einem constitutum, wenn die Urkunde keine causa debendi enthält, der Fall ist, sondern der Grundsatz ist dahin aufzustellen, daß die Anerkennung nicht in einer bloßen Erklärung des Schuldners bestehen, sondern dadurch geschehen muß, daß zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger ein gewisses rechtliches Geschäft — im Gegensatze von einer bloßen Erklärung, wodurch aber jener Begriff seine nähere Bestimmung erhält — vorgenommen wird.

v. Savigny System Bd. 5 p. 314. 315.

In diesem letztgedachten Maße hat nun aber ohne Zweifel eine Anerkennung in den Verhandlungen zu Darmstadt stattgefunden. — — — Denn theils ist durch die Erklärungen des curator ad lites und des Commissarius vom 4. Nov. und 7. Dez. 1832 zugleich dem Cessionar des Rindskopf Mändle das Versprechen gegeben, daß in dem Falle, wenn der Vergleich zu Stande komme, die Vergleichssumme an ihn ausgezahlt werden solle, theils hat der Commissarius als Vertreter der Nachlaßmasse in den Terminen vom 28. Dec. 1832 — 7. April 1833 den im Liquidationsverfahren von dem curator ad lites und ihm anerkannten Gläubigern — zu welchen Mändle gehörte — höchst wichtige und umfassende Administrations- und Dispositionsrechte an die Masse bewilligt, namentlich — unter der obern Leitung des Commissarius — die Belegung des Capitals, die Anstellung von Activprocessen, die Abschließung von Vergleichen über Forderungen der Masse, die Ernennung von Verwaltungsbeamten und die Abhör der Verwaltungsrechnungen.

223. Unbedingte Cession mit einem geheimen Vorbehalte.

Gegen die Gültigkeit der Cession von Dessauer an Spiro hat die Beklagte die Einrede vorgebracht, Dessauer sei nicht

befugt gewesen, den Wechsel am 18. April 1837 an Spiro zu cediren, weil Mändle sich bei dessen Cession an Dessauer durch einen Vertrag mit Letzterem das Recht vorbehalten habe, den Wechsel bis zum 17. September 1837 gegen Bezahlung einer Prämie zurückzunehmen und die Beklagte beschwert sich, daß ihr nicht der Beweis dieser Einrede nachgelassen sei. Allein auch diese Einrede ist aus zwei Gründen verwerflich

1. weil Mändle am 17. April 1837 dem Dessauer eine gerichtlich beglaubigte Cessionsurkunde, welche eine unbedingte Cession, ohne jenen Vorbehalt, enthält, ausgestellt und an demselben Tage auch auf den Wechsel selbst eine ebenso unbedingt lautende Cession gesetzt hat, (anerkannt von der Beklagten in rc.) mithin hier der Grundsatz zur Anwendung kommt, daß, wenn der Mandant dem Mandatar -- in welchem Verhältnisse der Cedent und der Cessionar bei der Cession einer Forderung stehen — eine ostensible unbeschränkte Vollmacht und daneben eine geheime limitirte Instruction ertheilt hat, er die Dispositionen, welche nun von dem Mandatar auf Grundlage der unbeschränkten Vollmacht zum Besten eines Dritten getroffen sind, anerkennen muß, ohne sich gegen den letzteren auf die diesem unbekannt gebliebene geheime Limitation berufen zu können. Daß aber der fragliche Nebenvertrag dem Kläger zur Zeit der Cession an ihn unbekannt gewesen ist, geht aus rc. hervor. Sodann

2. kann als ausgemacht angenommen werden, daß Mändle von dem Vorbehalte, den Wechsel bis zum 17. September 1837 zurückzufordern, keinen Gebrauch gemacht hat; — — — dadurch würde nun aber die Cession des Dessauer vom 18. April 1837, selbst wenn sie damals ungültig gewesen wäre, jedenfalls convalescirt sein.

arg. L. 41 D. de pignor. act. (13, 7)
L. 42 D. de usurp. et usucap. (41, 3)
L. 4 § 32 D. de dol. mal. excep. (44, 4)
L. 5 C. si alien. res. pign. dat. (8, 16)

224. Einrede der Simulation. Muß der Grund der Simulation angegeben werden? Mangelndes Interesse.

— — — Die Beklagte behauptet das factum der Simulation in allen Instanzen mit Bestimmtheit und hat in der jetzigen noch speciell ihre positive Wissenschaft von demselben versichert. Wenn der Kläger dagegen behauptet, die Einrede der Simulation sei nur dann zulässig, wenn zugleich der Grund der Simulation angegeben werde, so läßt sich diese Ansicht weder durch irgend eine gesetzliche Bestimmung, noch durch die Natur der Sache rechtfertigen, da demjenigen, welcher die fragliche Einrede vorbringt, gar wohl die Thatsache der Simulation z. B. durch Aeußerungen der betheiligten Personen, völlig bekannt, der Grund hingegen, durch welche jene dritten Personen bei ihren geheimen Verhandlungen dazu bewogen sind, unbekannt sein kann. — — — Eher könnte das Bedenken entstehen, ob sich nicht die fragliche Einrede dadurch beseitige, daß es kein materielles Interesse für die Beklagte habe, ob der Kläger den jetzigen Proceß als Cessionar oder als Mandatar des Spiro — was er in dem Falle einer simulirten Cession sein würde — führe, indem sie namentlich einräumt, daß Spiro ebenfalls Frankfurter Bürger, mithin zu einer Arrestanlage zum Behufe der Begründung eines dortigen Forum's berechtigt sei. Da indessen der Kläger jene Replik gar nicht vorgebracht und daher die Beklagte keine Gelegenheit gehabt hat, sich wegen dieses Punctes, wobei es möglicher Weise auf factische, dem Richter nicht bekannte Verhältnisse ankommen kann, zu erklären und zu vertheidigen, so konnte hierauf keine Rücksicht genommen werden, auch läßt sich doch ein solches Interesse wohl denken z. B. wenn die Beklagte Forderungen an Spiro hätte, in welchem Falle der Kläger sich auf eine Widerklage einzulassen als Mandatar ohne Zweifel schuldig sein würde, während es streitig ist, ob ein Cessionar dazu verpflichtet sei.

Mühlenbruch Cession § 62.

225. Schadensforderung ex mandato vermittelst einer Compensationseinrede. Verweisung ad separatum.

Die Beklagte hat ferner dem Kläger die Einrede der Compensation aus einer Schadensforderung von fl. 20,000, welche ihr

gegen den schon genannten frühern Cedenten des Wechsels, Dessauer, zustehe, entgegengesetzt und sie verlangt principaliter, daß sie mit dem Beweise dieser Einrede in dem jetzigen Verfahren zuzulassen, eventualiter, daß ihr wenigstens deren Ausführung in separato gegen den Kläger vorzubehalten sei. Die vorigen Richter haben beide Anträge aus dem Grunde verworfen, weil die von der Beklagten behauptete Gegenforderung an Dessauer zu der Zeit, wo der Beklagten die Anzeige von der Cession des Wechsels an Spiro gemacht worden — am 19. December 1839 — noch nicht definitiv und der Summe nach fixirt vorhanden, vielmehr bis zu dem Abschlusse des Vergleichs zwischen der Beklagten und der bayerischen Regierung — am 27. Februar 1842 — in suspenso gewesen sei, mithin gegen den Kläger als Cessionar nicht mittelst einer Einrede der Compensation geltend gemacht werden könne.

Diese Entscheidung kann jedoch nicht für richtig erachtet werden. Denn wenn, — wie die Beklagte behauptet — sie dem Dessauer das Mandat ertheilt hatte, mit der bayerischen Regierung einen Vergleich zu der Summe von fl. 100,000 ohne Weiteres abzuschließen — und wenn darauf die bayerische Regierung dem Dessauer jene Vergleichssumme — — definitiv angeboten, er aber, nicht etwa um für die Beklagte noch eine höhere Vergleichssumme zu erzielen, sondern im Interesse des Spiro und im Einverständniß mit diesem, dieses Anerbieten nicht angenommen und den Vergleich vereitelt hat, — — — so hat die Beklagte aus diesem Vorgange gegen Dessauer sofort eine Schadensforderung ex mandato von fl. 100,000 erworben. — — — Sie konnte damals sogleich auf diese Summe gegen Dessauer klagen — — und es war Sache des Dessauer, sich gegen Zahlung der fl. 100,000 jura cessa von der Beklagten ertheilen zu lassen und zu versuchen, was er durch Vergleich oder Proceß von der bayerischen Regierung wieder erlangen könne. — — — Alle jene Vorgänge sollen schon vor dem 19. December 1839 stattgefunden haben und durch den spätern Vergleich im Jahr 1842 ist diese Forderung nicht auf fl. 20,000. fixirt, sondern nur von fl. 100,000 auf fl. 20,000. reducirt, indem die

Beklagte dadurch fl. 80,000 erhalten hat und die Vergleichssumme nicht doppelt fordern kann. Hieraus folgt nun

1. daß eine gänzliche Verwerfung der fraglichen Einrede nicht stattfinden kann, da nach bekannten Rechten der Schuldner befugt ist, solche Gegenforderungen, welche er gegen seinen Gläubiger vor der ihm gemachten Anzeige von der Cession der Forderung erworben hat, den Cessionarien mittelst der Einrede der Compensation entgegenzusetzen, die die exceptio doli betreffenden Stellen aber

L. 4 § 27 ss. D. de doli mali et met. exc. (44, 4)

auf das hier vorliegende Verhältniß keine Anwendung finden. Ebensowenig jedoch

2. kann die Beklagte verlangen mit dieser Einrede in dem jetzigen Verfahren zugelassen zu werden, da die Forderung des Klägers liquide, die Gegenforderung der Beklagten aber nicht nur völlig illiquide, sondern auch im höchsten Grade weit aussehend ist — — — mithin die Vorschrift der L. 14 § 1 C. de comp. hier in vollem Maße ihre Anwendung findet. Daß diese Vorschrift auch auf den Fall geht, wenn die Klage im ordentlichen Processe verhandelt wird und wenn die Einrede der Compensation zur rechten Zeit vorgebracht worden, ist ein vom Oberappellationsgericht beständig befolgter Grundsatz;

Vgl. auch v. Wangerow Leitfaden Bd. 3. p. 353—355.

und der Umstand, daß der Beklagten jetzt der Beweis über die Einrede der Simulation in dem gegenwärtigen Processe nachgelassen wird, ist hier ebenfalls ohne Einfluß, schon deßhalb, weil diese letztere Beweisführung, wobei es auf einfaches Factum ankommt, sich mit jener andern gar nicht vergleichen läßt. Dahingegen

3. erscheint der eventuelle Antrag der Beklagten als begründet. Denn wenn es gleich richtig ist, daß die in der L 14 cit. vorgeschriebene Verweisung ad separatum nach der Fassung des Gesetzes in einer Verweisung zur besonderen Klage — nicht zur besonderen Ausführung der Einrede der Compensation als solcher — besteht und daß die Beklagte nicht direct aus ihrem Schadensanspruche an Dessauer gegen den jetzigen Kläger klagen kann, so steht ihr doch allerdings, wenn sie in dem gegenwärtigen Processe

wegen der processualischen Unzulässigkeit der Einrede der Compensation zur Zahlung an den Kläger angehalten wird, gegen diesen eine condictio sine causa oder indebiti auf die verhältnißmäßige Rückgabe der geleisteten Zahlung zu,

Weber Beiträge zu der Lehre von Klagen und Einr. 1. Stück p. 67—70.
derselbe von der natürl. Verbindlichkeit § 97.
Glück Commentar Th. 15. p. 114.
Seuffert Pandecten Th. 2. § 288 nte. 10.
Hasse im Civ. Arch. Th. 7. p. 201.

und daher mußte der Beklagten die Anstellung dieser Klage im besonderen Verfahren eventualiter vorbehalten werden, falls die Beklagte eine solche Klage — statt gegen Dessauer selbst zu klagen — für ihrem Interesse gemäß halten sollte. Daß dieser Vorbehalt dem Kläger hinsichtlich seiner Repliken gegen die Gegenforderung selbst, namentlich der Replik, daß die Beklagte sich durch den ohne Zuziehung des Dessauer abgeschlossenen Vergleich mit der bayerischen Regierung jener Forderung verlustig gemacht habe, nicht präjudicirt, versteht sich von selbst.

226. Dies interpellat pro homine bei einem Wechsel. Jede mora erfordert ein Verschulden des Debitors.

Die Beklagte hat noch die Einrede der Pluspetition in Beziehung auf die geforderten Zinsen vorgebracht, nämlich dafür, daß diese erst seit der Insinuation der Klage — dem 17. August 1843 — verlangt werden könnten und sie beschwert sich, daß dem Kläger Zinsen ad alterum tantum zuerkannt seien. Diese Beschwerde mußte ebenfalls für gegründet erachtet werden. Die hier geforderten Zinsen sind nämlich Verzugszinsen, da der Wechsel ein Versprechen, Zinsen zu bezahlen, nicht enthält, nun aber hat der Kläger ein bestimmtes specielles factum, durch welches der Herr Landgraf oder dessen Nachlaßmasse vor der Anstellung der jetzigen Klage in mora versetzt wäre, überall nicht behauptet, sondern will seinen Anspruch auf frühere Zinsen nur gründen

1. auf die Rechtsregel dies interpellat pro homine, indem im Wechsel Zahlung 12 Monate nach dato versprochen sei;

2. auf die Erklärung des curator ad hoc vom 4. November 1832, welche theils eine Anerkennung eines Anspruchs auf Zinsen ad alterum tantum, theils eine Bezugnahme auf ältere Acten enthalte, in welcher letzteren ein Geständniß liege, daß sich aus jenen Acten ein specieller factischer Rechtsgrund für eine Zinsenforderung ergebe.

Diese sämmtlichen Fundamente sind jedoch ganz unhaltbar. Denn

1. in Folge der gedachten Rechtsregel ist hier keine mora eingetreten, theils weil damals der Wechsel noch Wechselkraft hatte, nach Wechselrecht aber eine mora des Schuldners nicht durch das bloße factum des Nichtzahlens, sondern nur durch die gehörige Präsentation des Wechsels bewirkt wird, theils auch nach gemeinem Rechte, da jede mora

v. Vangerow Leitfaden Bd. 3. p. 190—192.

namentlich auch in dem Falle eines bestimmten Zahlungstages

L. 114 D. de verb. obl. (45, 1)

L. 12 in fin. C. de contr. et comitt. stip. (8, 38)

ein Verschulden des Debitors erfordert, ein solches aber hier, wo in dem Wechsel Darmstadt als Zahlungsort bestimmt und diese Stadt auch der Wohnort des Schuldners, der Gläubiger hingegen in München oder in Frankfurt wohnhaft war, nur dann vorhanden sein würde, wenn Jemand sich bei dem Verfall des Wechsels in Darmstadt bei dem Herrn Landgrafen als Bevollmächtigter des Rindskopf zur Empfangnahme des Geldes angemeldet hätte oder dem Ersteren vorher als solcher dort angewiesen wäre.

cf. v. Vangerow l. c. p. 206 a. E.

2. Die Anerkennung der geforderten Zinsen durch den curator ad lites ist für die Beklagte in Beziehung auf den jetzigen Proceß nicht formell verbindlich, da jene Anerkennungen der in Darmstadt angemeldeten Forderungen nur zu dem bestimmten, officiell ausgesprochenen Zwecke geschehen sind, daß die so anerkannten Gläubiger von der Beklagten theils zu der beabsichtigten gütlichen Auseinandersetzung, theils bis dahin zu der den Gläubigern bewilligten Theilnahme an der Verwaltung der Masse zugelassen werden sollten, — — während in dem jetzigen Processe diesem Zwecke

ganz zuwider, ein einzelner Gläubiger für sich allein mittelst einer Arrestanlage an einem fremden forum seine Befriedigung aus einem Activum der Masse sucht.

227. Allgemeine Appellationsbeschwerde.

Das den Beschwerden noch hinzugefügte allgemeine gravamen, daß die Beklagte durch den ganzen Inhalt der vorigen Erkenntnisse beschwert sei, ist, insofern dasselbe etwas Anderes sein soll, als die gewöhnliche imploratio officii judicis, nach

§ 64. des J. R. A.

unstatthaft und nicht zu beachten.

XCIII.

Mändle Aaron Löb Lehmann dahier, Impetranten

contra

Gebrüder Doctor dahier, Arrestdritte

ad causam

des genannten Lehmann, Klägers

contra

Bernhard Doctor dahier, Beklagten.

Nachdem auf Antrag des M. A. L. Lehmann der Fiscal bei der Handlung Gebrüder Doctor wegen Forderungen, die dem Bernhard Doctor an benannte Handlung zustehen sollten, Beschlag angelegt und Gebrüder Doctor die Existenz dieser Forderungen bestritten hatten, beantragte M. A. L. Lehmann in der Klagsache gegen Bernhard Doctor, das Stadtgericht wolle ihm Termin zu der betreffenden Beweisführung anberaumen. Das Stadtgericht willfahrte am 26. Februar 1847 diesem Antrage. Auf Appellation der Arrestdritten wurde dieses Urtheil vom Appellationsgerichte am 16. April 1847 bestätigt, vom Oberappellationsgerichte am 30. September dahin abge-

ändert, daß der Kläger unter Verurtheilung in die Kosten erster Instanz mit seinem Gesuche angebrachter Maßen abzuweisen sei. Die Kosten zweiter und dritter Instanz wurden compensirt.

228. Hülfsvollstreckung. Verfahren, sobald der Schuldner die Existenz der zu pfändenden Forderung bestreitet.

Nach römischem Rechte kann allerdings der zur Vollstreckung eines Erkenntnisses zuständige Richter, insofern an den auf seinen Befehl gepfändeten Mo- und Immobilien des Verurtheilten Ansprüche von Dritten erhoben werden, zum Zwecke der Entscheidung über diese Ansprüche ein summarisches Verfahren einleiten.

L. 15 § 4 D. de re jud. (42, 1)

Auch ist derselbe, sobald es an zu pfändenden Mobilien und Immobilien fehlt, zur Pfändung von Forderungen des Verurtheilten ermächtigt.

L. 16 § 8 D. eodem.

Allein sobald der Schuldner des Letztern die Existenz der zu pfändenden Forderung bestreitet, muß der Executionsrichter von der Pfändung der bestrittenen Forderung abstehen und es ist ihm ausdrücklich untersagt, zur Entscheidung des durch den Widerspruch des Schuldners begründeten Streits das summarische Verfahren eintreten zu lassen, welches zum Zwecke der Entscheidung des bei gepfändeten körperlichen Sachen entstehenden Streites stattfindet;

L 15 § 9 D. eod.

Deßhalb ist jedoch die bestrittene Forderung dem Executionssucher als Executionsobject nicht entzogen, die Verfolgung derselben soll vielmehr nur nicht auf summarische Weise in der Executionsinstanz, sondern im ordentlichen Processe gegen den Schuldner vor dessen zuständigem Richter, nach vorgängiger Einweisung des Executionssuchers in die bestrittene Forderung, in derselben Weise vor sich gehen, in welcher der Verurtheilte selbst die Forderung gerichtlich geltend machen müßte.

L. 2 C. quando fisc. vel. priv. (4, 15)

Donellus comm. ad const. 2 cit. et ad fr. 15 § 8 cit.

Wissenbach comm. ad const. 2 cit.

Brunnemann comm. ad const. 2 cit.

Meier colleg. argent. c. 42. t. 1 § 95.

In der angezogenen const. 2 ist zwar als Voraussetzung der von dem Executionssucher gegen den Schuldner seines Schuldners anzustellenden Klage ausdrücklich nur des Mangels anderer Executionsobjecte gedacht und es findet sich nicht besonders erwähnt, daß dem Executionssucher an der einzuklagenden Forderung vorher das Recht eines Pfandgläubigers richterlich einzuräumen oder zu bestellen sei. Allein die richterlichen Befugnisse zur Bestellung eines Pfandrechts an den Forderungen eines Verurtheilten ist gesetzlich anerkannt

L. 2 C. de praet. pign. (8, 22)

und die Nothwendigkeit einer solchen vorgängigen richterlichen Pfandbestellung nicht zu bezweifeln, weil ohne dieselbe das Klagrecht des Executionssuchers der Regel gegenüber nicht ermittelt werden könnte, nach welcher Forderungen ohne besonderen Rechtsgrund von einem Anderen als dem Forderungsberechtigten selbst nicht eingeklagt werden können. Auch wird die Nothwendigkeit einer richterlichen Einweisung des Executionssuchers in das einzuklagende Forderungsrecht seines Schuldners von den meisten Rechtslehrern ausdrücklich anerkannt.

Donellus l. c.

Linde Lehrbuch des Civilpr. 3. Ausg. § 374

Heffter Institutionen 2. Ausg. § 515

Die fortdauernde Anwendbarkeit dieser Vorschriften des römischen Rechts auf das Executionsverfahren in Frankfurt unterliegt aber keinem Bedenken und die Reformation schließt sich diesen Vorschriften in dem 45. Titel des 1. Buches nicht nur im Allgemeinen an, sondern sie bestimmt auch namentlich § 14, das., daß, wo der Schuldner weder bewegliche, noch unbewegliche Güter, aber wohl Schulden bei Anderen, welche deren bekanntlich und geständig wären, hätte, solche Schuldner der Executor darum angreifen solle, und der Fiscal ist im § 1 seiner Instruction ausdrücklich angewiesen, sich nach der in der Reformation vorgeschriebenen Executionsordnung zu richten,

Ges. u. St. Samml. Th. 4. p. 64

sowie sich denn auch der fortdauernde Gebrauch der Vorschriften der Reformation aus den auf dieselben sich berufenden Schriften über den Frankfurter Proceß von

Adlerflycht Frankf. Privatr. Th. 5 § 197

Bender Lehrb. des Civilpr. der fr. St. Fr. p. 325

ergibt.

Zwar spricht sich die Reformation nicht ausdrücklich darüber aus, daß der Executionssucher in eine bestrittene und dennoch nicht zu pfändende Forderung mit der Wirkung richterlich eingewiesen werden könne, dieselbe auf dem Wege der Klage zum Zwecke seiner Befriedigung geltend zu machen. Allein es versteht sich von selbst, daß diese fehlende Bestimmung aus dem gemeinen Rechte zu ergänzen ist, und es wird auch von Bender und von Adlerflycht bezeugt, daß bei den Frankfurter Gerichten solche Einweisungen stattfinden.

Die Zulässigkeit einer summarischen Erörterung des bestrittenen Daseins einer gepfändeten oder zu pfändenden Forderung in der Executionsinstanz läßt sich auch nicht aus dem art. 54 der prov. Proceß-Ordnung herleiten. Denn dieser Artikel schreibt nur vor, daß vor der Verfügung oder Bestätigung eines Arrestes, welcher bei einem Dritten auf eine von diesem nicht eingestandene Forderung nachgesucht ist, die Frage, ob der Arrestimpetrant auch forderungsberechtigt sei, erst entschieden sein müsse, ohne zu bestimmen, daß die Entscheidung von dem Arrestrichter in einem von diesem zwischen dem Arrestimpetranten und Arrestdritten einzuleitenden Verfahren stattfinden solle. Eine solche, den Principien des gemeinen Rechts widerstreitende Meinung kann dem Gesetzgeber um so weniger beigemessen werden, als die Quelle des art. 54, der art. 457 der Proceß-Ordnung für das Großherzogthum Frankfurt, ausdrücklich bestimmt, daß die streitige Frage erst vor dem competenten Gerichtsstande des Arrestdritten ausgetragen werden solle. Dies kann aber, zumal in dem Falle, wo der zuständige Richter des Arrestdritten nicht der Arrestrichter ist, nur mittelst Erhebung einer ordentlichen Klage geschehen und es ist unzulässig, die Weglassung der Worte „vor dem competenten Gerichtsstande des Dritten" in dem art. 54 der prov. Proceß-Ordnung so zu

deuten, als sei sie correctorisch zur Herstellung des Sinnes erfolgt, welcher diesem Artikel von dem Kläger gegeben wird. Wäre eine solche Deutung aber auch zu rechtfertigen, so würde einer analogen Anwendung des von Arresten zur Sicherung des Streitgegenstandes redenden art. 54 auf Arreste, welche als Mittel der Execution angelegt werden, der art. 76 der prov. Proceß-Ordnung entgegenstehen.

Wenn sich sodann Kläger auf die von

Orth Anmerk. ad Ref. 1 tit. 45 § 14 p. 979

und älteren Practikern aufgestellte Ansicht beruft, nach welcher auch der Angriff des leugnenden Schuldners erlaubt ist, wenn dieser durch klaren und ungesäumten Beweis seiner Schuld überführt werden kann, so beseitigt sich diese Rechtfertigung eines einzuleitenden Beweisverfahrens schon durch den völligen Mangel der Liquidität der zu pfändenden Forderungen, und es ergibt sich aus der Natur derselben, daß ihre Existenz nur durch ein weitaussehendes Beweisverfahren festgestellt werden könnte. Auch gehören eben deßhalb die zu pfändenden Forderungen nicht zu den bereitesten Zahlungsmitteln, in welche nach art. 101 der prov. Proceß-Ordnung im Wechselprocesse mit der Execution vorgeschritten werden soll. Daß aber der Kläger dem Fiscal keine körperlichen Sachen des Beklagten bezeichnet hat, welche zum Zwecke der Bescheidsvollziehung mit Beschlag zu belegen seien und daß der Beschlag des Fiscals sich eben deßhalb nicht auf solche Sachen bezieht, bedarf keiner Ausführung und die für den vorliegenden Fall behauptete Anwendbarkeit der bei der Pfändung körperlicher Sachen geltenden Grundsätze keiner Widerlegung.

Dem Allen zufolge konnte auf das Gesuch des Klägers, ihn zum Beweise der Existenz der mit Beschlag belegten Forderungen des Beklagten zu lassen, nicht eingegangen werden; denn eine Klage gegen den Schuldner des Beklagten ist von dem Kläger nicht angestellt, die von denselben bei dem Fiscal gestellten Anträge, von denen Kläger bemerkt, daß sie zur Beseitigung der dagegen erhobenen Einwendungen an das Stadtgericht zurückgekehrt seien, sind lediglich auf Beschlagnahme der Forderungen des Beklagten gerichtet und der ihnen zufolge stattgehabten Beschlagnahme

des Fiscals kann die Wirkung eines richterlichen Einweisungsdecrets nicht beigelegt werden, welches zur Geltendmachung jener Forderungen durch den Kläger erforderlich und durch den Mangel anderer Executionsobjecte bedingt ist.

Der Mangel eines wesentlichen Bestandtheils des Processes, einer ordnungsmäßigen Klage, und der eben deßhalb vorliegende Mangel einer genauen Litiscontestation, sowie ferner einer Replik und Duplik, ist auch im vorliegenden Fall nicht als Versäumung einer entbehrlichen Formalität anzusehen, so daß über denselben nach Vorschrift des § 1 der R. G. O. Th. 3 tit. 34 hinausgegangen werden könnte, weil dem Arrestbritten dadurch kein Nachtheil in der Sache selbst erwachse. Denn von den mangelnden Klagvoraussetzungen selbst abgesehen, steht es dahin, ob den Arrestbritten neben den auf die angezeigten Gegenforderungen gestützten Einreden nicht noch andere zustehen, welche sie, ordnungsmäßig belangt, vorschützen könnten, und wenn ihnen auch der Beweis der vorgeschützten Gegenforderungen bei dem Vorbehalte des Gegenbeweises nicht abgeschnitten ist, so fehlt es doch an einer auf diese Gegenforderungen abgegebenen ordnungsmäßigen Erklärung, — — durch welche für die Arrestbritten eine Erleichterung in der Pflicht der Beweisführung hätte herbeigeführt werden können.

XCIV.

Rudolph Hafner in Winterthur, Kläger

contra

Hermann Sternberg dahier, Beklagten.

R. Hafner klagte gegen H. Sternberg auf Zahlung eines in der dritten Klasse der 112ten Frankfurter Lotterie auf das Loos Nr. 1318 gefallenen Gewinnes von fl. —, das mit der ersten Klasse gültig durch alle Klassen gegen jeweilige Pränumeration der betreffenden Klassen-Einlagen auf Kläger indossirt worden sei.

Der Beklagte schützte hauptsächlich entgegen, daß die bei dem Indossamente ausbedungene Pränumeration nicht gehörig beschafft worden sei, indem

1. Kläger erst am 29. Juli 1847, also am Tage nach der am 28. desselben Monats erfolgten Ziehung der dritten Klasse an die vom Beklagten mit der Annahme der Einlagen betrauten Poßhart Vater u. Sohn in Zürich gezahlt und

2. auf alle vier Viertelloose, womit er in jener Lotterie gespielt, 24 Kreuzer zu wenig gezahlt habe.

Das Stadtgericht verurtheilte am 26. Februar 1848 den Beklagten zur Zahlung der eingeklagten Summe sammt Zinsen und in die Proceßkosten. Auf Appellation des Beklagten wurde unter Verurtheilung desselben in die Kosten das erstinstanzliche Urtheil bestätigt vom

Appellationsgerichte am 7. April 1848,
Oberappellationsgerichte am 30. September 1848.

229. Indossirte Loose. Zahlung der Einlagen.

Soviel die (oben sub 1 erwähnte) Zeit der Zahlung jener Einlagen anbelangt, so ist die Behauptung des Beklagten, daß diese zwei Tage vor der Ziehung hätte beschafft werden müssen, weil der Lotterieplan vorschreibe, daß die Renovation der Loose am zweiten Tage vor der Ziehung geschehen müsse, durchaus verwerflich. Denn diese Vorschrift trifft nur diejenigen Spieler, welche selbst im Besitze der Originalloose sind, folglich selbst für deren Renovation sorgen können und müssen. Bei indossirten Loosen hingegen liegt die Renovation dem Collecteur ob und die Pflicht des Spielers zur Zahlung der Einlagen richtet sich bloß nach der zwischen ihm und dem Collecteur getroffenen Vereinbarung, daher Letzterer auch, wenn er sich keine Pränumeration ausbedungen hat, aus der unterlassenen Vorausbezahlung keine Einrede gegen den Spieler hernehmen kann.

Bender das Lotterierecht 2te Aufl. § 38. 39.

In vorliegendem Falle ist nun freilich Pränumeration ausbedungen worden, allein dies könnte höchstens nur so verstanden werden, daß die Zahlung vor der Ziehung, also für die dritte

Klasse vor deren am 28. Juli 1847 erfolgenden Ziehung bewirkt werden mußte, wie dies der Beklagte in seiner Exceptionsschrift selbst anerkannt hat. Wenn derselbe jene Vorschrift des Lotterieplanes deßhalb für sich hat geltend machen wollen, weil er sonst nicht im Stande sein würde, über die Loose, welche die Spieler in den folgenden Klassen nicht fortspielen wollen, vor der nächsten Ziehung anderweitig zu verfügen, so ist er hierdurch mit demjenigen, was er selbst documentirt hat, in Widerspruch gerathen. Denn diejenigen Einlage-Zahlungen zur dritten Klasse, welche Poßhart Vater und Sohn ihm unterm 27. Juli 1847 meldeten, hat er als richtig und gültig anerkannt, obgleich jener Brief erst am 30. desselben Monats an ihn gelangte, der Beklagte also erst zwei Tage nach der Ziehung der dritten Klasse erfuhr, ob die in dem Briefe benannten Spieler ihre Loose renovirt hätten oder nicht.

Auf der anderen Seite ist freilich auch die Behauptung des Klägers, daß die bedungene Pränumeration deßhalb als geschehen zu betrachten sei,

a. weil er das Geld schon am 27. Juli von Winterthur abgeschickt habe und

b. weil es auch zu Zürich schon angekommen sei, bevor er vom Resultate der am 28. Juli erfolgten Ziehung Kenntniß gehabt haben könne, wenigstens nicht für unbedenklich zu halten. Denn

ad *a.* läßt sich nicht einmal annehmen, daß Kläger wirklich das Geld am 27. Juli abgeschickt habe. — — — Aber auch davon abgesehen ist es Regel, daß eine Zahlung nicht eher, als bis sie demjenigen zukommt, dem sie geleistet werden soll, für wirklich geleistet gelten kann, und dürfte es nicht außer Zweifel sein, ob im Lotteriegeschäft bei Renovationszahlungen eine Ausnahme davon zu gestatten sei. Soviel aber

ad *b.* das vom Kläger aufgestellte Princip anbelangt, daß es einer Pränumeration gleich geachtet werden müsse, wenn er die Einlage nur entrichtet habe, bevor ihm das Resultat der Ziehung bekannt gewesen sein könne, so ist es gleichfalls sehr bedenklich, dies anzunehmen, da nach der natürlichen und einfachen Bedeutung der bei dem Indossamente ausbedungenen „jeweiliger Pränumeration der betreffenden Klassen-Einlagen“ vielmehr anzu-

nehmen ist, daß die Absicht auf eine Zahlung vor der Ziehung gerichtet war.

Allein die beiderseitigen Behauptungen über die gehörige Zeit der Zahlung kommt hier gar nicht in Betracht, da Poßhart Vater u. Sohn in Zürich die Zahlung als zu rechter Zeit geschehen angenommen haben. — — — Nun war aber dies Züricher Haus nach der eigenen Erklärung des Beklagten von ihm zur Entgegennahme der von den Spielern zu leistenden Zahlungen ermächtigt, der Beklagte mußte also die von Poßhart's angenommene Zahlung, wenn sie auch um einen Tag verspätet war, als zur rechten Zeit geschehen anerkennen. Wollte man dies nicht annehmen, so hätte der Beklagte es in seiner Hand gehabt, sich über die Annahme oder Ablehnung der Zahlung nach dem Ausfall der Ziehung zu entscheiden, also die Renovation zu genehmigen, wenn das Loos in der dritten Klasse nicht herausgekommen wäre, und sie als nicht geschehen zu betrachten, wenn ein Gewinn darauf gefallen wäre, was doch unmöglich als statthaft angesehen werden kann. — — —

Dasselbe gilt auch wegen der 24 Kreuzer, welche der Kläger auf alle vier Viertelloose zu wenig gezahlt habe. Denn da Poßhart Vater u. Sohn in ihrem Briefe vom 29. Juli 1847, worin sie dem Kläger den Eingang des Geldes und die daran fehlenden 24 Kreuzer meldeten, zugleich bemerkten, „die zu wenig gesandten 24 Kreuzer können Sie ihrer nächsten Baarsendung beifügen", so gaben sie dem Kläger für die unbedeutende, bloß auf die Verschiedenheit der Berechnung der von ihm eingeschickten 8 Brabanterthaler beruhende Minderzahlung Credit. Und dies mußte der Beklagte um so gewisser als für ihn verbindlich anerkennen, da die Kleinigkeit, welche an der Pränumeration fehlte, eine Zurücksendung des Geldes vernünftiger Weise gar nicht veranlassen konnte, wenn man bedenkt, daß den Lotterie-Collecteuren alles daran liegt, daß diejenigen, welche bei ihnen Loose genommen haben, solche auch durch alle Klassen fortspielen. Es würde auch dem Beklagten gar nicht eingefallen sein, das Verfahren seines Mandatars zu mißbilligen, wenn das Viertelloos Nr. 1318 in der dritten Klasse der Lotterie nicht herausgekommen wäre; nun kann ihm aber doch

unmöglich gestattet werden, anders zu verfahren, nachdem ein Gewinn auf das Loos gefallen und dieses zu seiner Kenntniß gekommen ist.

230. Indossirte Loose. Was muß der Indossant leisten?

Der Beklagte hat in der ersten Instanz auch dem Anspruche des Klägers auf ein Freiloos zur vierten Klasse der 112. Lotterie widersprochen. Da indessen dieser Punct in den beiden oberen Instanzen speciell nicht weiter berührt ist, so scheint er selbst denselben aufgegeben zu haben. In der That war der Einwand auch höchst frivol. Denn nachdem der Beklagte sich durch sein Indossament des dem Kläger zugestellten Viertelloofes zur ersten Klasse verpflichtet hatte, dem Spieler den Gewinn zu zahlen, der auf dies Loos fallen würde, so trat er in dieser Beziehung in die Stelle der Lotteriedirection und mußte dem Kläger Alles leisten, was dieser, wenn er das Originalloos zur dritten Klasse in Händen gehabt, von der Direction hätte fordern können, folglich auch das Freiloos zur vierten Klasse.

Bender das Lotterierecht 2. Aufl. § 37 init.

XCV.

Johann Heinrich Voltz dahier, Kläger

contra

dessen Ehefrau Caroline Eleonore Voltz, geb. Nagel, Beklagte.

In vorliegendem Ehescheidungsprocesse beantragte Beklagte in zweiter Instanz, daß ihr Ehemann ihr einen Vorschuß von Transmissionskosten leiste. Dieses Gesuch wurde verworfen vom

Appellationsgerichte am 6. September 1848,
Oberappellationsgerichte am 30. September 1848.

231. Richterliches Ermessen bei der Verbindlichkeit des Ehemannes, seiner Ehefrau die Kosten des zwischen ihnen schwebenden Rechtsstreites vorzulegen.

Bei der Entscheidung der vorliegenden Sache konnte das Oberappellationsgericht zwar nicht von der Annahme ausgehen, daß die Appellantin überall nicht als zum Bezuge eines Vorschusses in dem von ihr mit ihrem Ehemanne geführten Processe berechtigt anzusehen sei, weil sie aus dem gemeinschaftlichen Vermögen eine bedeutende Einnahme bezieht, — — — denn diese erhält sie eben nur zu dem Zwecke, die Kosten des Hausstandes für sich, die gemeinschaftliche Tochter, 2 Lehrburschen und das Gesinde, ja theilweise auch für ihren Ehemann selbst zu bestreiten, nicht aber davon auch Proceßkosten zu tragen, und kann auf keinen Fall darin eine provisorische Vertheilung der Einkünfte des gemeinschaftlichen Vermögens, welche unter den Streittheilen stattgefunden hätte, gefunden werden.

Bei der Beurtheilung des von der Appellantin gestellten Antrags, ihren Ehemann zum Vorschuß der vorläufig auf fl. 35. 6. festgestellten Kosten zu verpflichten, deren Entrichtung ihr in Folge ihres Gesuchs, die Acten in zweiter Instanz an eine Facultät zu versenden, vom Appellationsgerichte im Decret vom 6. Sept. aufgelegt ist, war daher das zwischen den litigirenden Ehegatten hinsichtlich der Proceßkosten bestehende Verhältniß so aufzufassen, daß, da der Voltz'sche Ehemann sich im Alleinbesitze des ehelichen Vermögens und namentlich der, beiden Ehegatten gemeinschaftlichen Errungenschaft befindet, der appellantischen Ehefrau ungeachtet der ihr zuerkannten Alimente ein Recht darauf, daß ihr aus dem ehelichen Vermögen zur Bestreitung der Proceßkosten Vorschüsse von ihrem Ehemanne geleistet werden müssen, im Allgemeinen nicht abzusprechen ist.

Allein, wenn diese Berechtigung der Appellantin im Allgemeinen auch anzuerkennen ist, so erscheint doch das hier vorliegende Gesuch nicht genügend gerechtfertigt. Erwägt man nämlich, daß die Verbindlichkeit des einen Theils, seiner Gegenparthei die Proceßkosten vorzuschießen, überhaupt nicht sowohl auf bestimmten gesetzlichen Vorschriften beruht, als aus Gründen der Billigkeit

zumeist durch den Gerichtsgebrauch eingeführt ist, so hat es gewiß Alles für sich, auch wenn die Streittheile Ehegatten sind, dieser Verbindlichkeit des Ehemannes, seiner Frau die Proceßkosten vorzuschießen, gewisse Schranken zu setzen, und dabei Rücksicht darauf zu nehmen, daß doch sonst dem Ehemanne Kraft seines ehelichen Administrationsrechtes die alleinige Bestimmung darüber zusteht, welche Aufwendungen aus dem ehelichen Vermögen gemacht werden sollen. Will man daher auch nicht soweit gehen, die Bestimmung des

c. 11 X. de accusat. (5, 1),

welche die Verpflichtung zum Kostenvorschuß nur hinsichtlich der expensae necessariae anerkennt, auf das vorliegende Verhältniß direct in Anwendung zu bringen, so wird dagegen das richterliche Ermessen, worauf auch in ähnlichen Verhältnissen ausdrücklich von den Gesetzen hingewiesen wird,

cf. L. 7 C. de ordin. cognit. (7, 19) verb: „quantum moderato judicis arbitrio fuerit aestimatum"

darüber zu entscheiden haben, ob mit Recht dem Ehemanne auferlegt werden kann, den geforderten Kostenvorschuß zu leisten. Berücksichtigt man nun aber auf der einen Seite, daß der Aufwand an Kosten, welchen die Appellantin durch zum Theil ganz frivole bis zur Unzahl gehäufte Incidentanträge und Rechtsmittel ihrem Ehemanne in diesem Processe schon verursacht hat, das Maß des Gewöhnlichen bei weitem überschreitet, sowie daß auf der anderen Seite der hier vorliegende Antrag auf Actenversendung um so weniger irgend ein erhebliches Interesse für die Klägerin haben kann, weil die Partheien voraussichtlich doch sich bei dem Erkenntnisse zweiter Instanz nicht beruhigen werden, und es namentlich auch der Appellantin freistehen wird, die Sache an die dritte Instanz zu bringen, so erschien es billig, den Appellaten mit dem Vorschuß der Transmissionskosten zu verschonen, und kann hierin auch der art. 33 der Constitutions-Ergänzungsacte nichts ändern, weil aus der Einräumung des Rechts auf Actenversendung noch keineswegs sich der Anspruch ableiten läßt, sich dieses Rechts auch auf fremde Kosten bedienen zu dürfen.

XCVI.

Frankfurt-Hanauer-Eisenbahn-Gesellschaft dahier, Klägerin

contra

Georg Philipp Boch et ux. dahier, Beklagte.

Man vergleiche die Geschichtserzählung zu dem Rechtsfall LXIII. dieses Bandes (p. 267 ss.). Das Spruchcollegium zu Göttingen bestätigte am 4. October 1848 das zweit-instanzliche Urtheil unter Verurtheilung eines jeden Theils in die Kosten seiner Appellation.

232. Ausdruck „Garten" in dem Expropriationsgesetze vom 10. Januar 1837.

Die Beurtheilung der appellantischen Beschwerde hängt der Hauptsache nach von der Beantwortung der Frage ab, ob die klagende Eisenbahn-Gesellschaft außer der von ihr in Anspruch genommenen Parcelle des den Beklagten zugehörigen Grundstückes Gew. II. Nr. 45 auch noch den in der Anlage A. zur Vernehmlassung auf die Klage mit A. M. E. F. bezeichneten Theil desselben oder, wenn sie sich hierzu nicht verstehen wollte, das ganze Grundstück deßhalb mit zu übernehmen verpflichtet sei, weil entweder die fragliche Parcelle mit jenem Theile des Grundstückes zusammen oder auch das ganze Grundstück im Sinn des § 8 des Expropriationsgesetzes vom 10. Januar 1837 als ein Garten zu betrachten sei. — — In welchem Sinne aber der Ausdruck „Garten" in dem cit. § 8 gebraucht sei, ist unter den Partheien bestritten, indem der eine Theil die Eigenschaft eines Gartens von dem natürlichen Zustande des Grundstücks abhängig macht, der andere aber darüber lediglich den Umstand entscheiden lassen will, unter welcher Benennung das Grundstück in den Lagerbüchern sich eingetragen finde. Für diese letztere Ansicht ist geltend gemacht, daß

nach dem § 3 des ebengenannten Gesetzes in dem von den betreffenden Behörden bekannt zu machenden Verzeichniß der von dem Senate bestimmten zur Entäußerung kommenden Objecte die letzteren auf den Grund der Lager=, Flur=, Transscriptions= und Hypothekenbücher bezeichnet werden sollen, woraus denn gefolgert wird, daß bei Beantwortung der Frage, in welcher Eigenschaft das abzutretende Grundstück bei der Entäußerung in Betracht komme, auch lediglich darauf zu sehen sei, welche Bezeichnung es in jenen Büchern führe. Allein auf der andern Seite läßt sich nicht verkennen, daß bei Annahme dieser Auslegung sich schwer einsehen läßt, welcher Grund eine derartige Bestimmung veranlaßt haben sollte, da das Gesetz offenbar beabsichtigt, demjenigen, welcher gezwungen wird, seinen Grund und Boden zu öffentlichen Zwecken abzutreten, eine vollständige Entschädigung dafür zu gewähren, wie dies gleich im ersten § desselben auch ausdrücklich gesagt ist, und es hiermit offenbar in Widerspruch stehen würde, wenn bei der Frage, ob der Entäußerer das ganze Grundstück oder nur den für ihn brauchbaren Theil desselben zu übernehmen habe, nicht der wirkliche und gegenwärtige Zustand des Grundstücks, sondern bloß die rechtliche und mit dem wirklichen Zustande vielleicht nicht im Geringsten übereinstimmende Eigenschaft desselben berücksichtigt werden sollte. Hierzu kommt, daß in dem § 8 cit. selbst nicht die geringste Andeutung zu finden ist, daß die darin vorkommenden Worte: Behausung, Hofraithe und Garten hier in einem anderen, als dem natürlichen Sinne genommen würden. Endlich liegt aber auch in dem angeführten § 3 jenes Gesetzes bei genauerer Prüfung desselben durchaus kein Grund, welcher es nothwendig machte, jene Ausdrücke in einem anderen Sinne zu verstehen. Denn wenn darin verlangt wird, daß die Bezeichnung der abzutretenden Objecte auf den Grund der Lager= und anderer öffentlichen Bücher geschehe, so läßt sich dies am einfachsten daraus erklären, daß durch eine Bezeichnung dieser Art jene Objecte am besten kenntlich gemacht werden können, ohne daß deßhalb angenommen zu werden braucht, daß dieselbe für alle bei der Entäußerung vorkommenden Fragen maßgebend sein solle.

233. Auf welche Weise ist auszumitteln, ob ein Güterstück ein Garten sei?

Was die Frage betrifft, auf welche Weise auszumitteln sei, ob der — mit A. M. E. F. bezeichnete Theil des Grundstückes Gew. II Nr. 45. mit der von der Klägerin in Anspruch genommenen Parcelle desselben oder auch das ganze Grundstück einen Garten bilde, so ist dieselbe nicht durch Sachverständige, wie die Beklagten verlangen, sondern durch den Richter selbst zu entscheiden, da hierbei einerseits der in die Sphäre desselben fallende rechtliche Begriff einer Zubehörung, andererseits auch ein Jedermann zugänglicher Begriff in Betracht kommen und die zu dieser Entscheidung nöthigen Materialien dem Richter keineswegs durch Sachverständige geliefert zu werden brauchen, sondern durch eigene Wahrnehmung oder auch durch die Beschreibung Dritter von ihm ausgemittelt werden können.

XCVII.

Carl Alexander D. dahier, Querulant.

Die Vormünder des Querulanten hatten bei Gelegenheit der Schluß-Vormundschaftsrechnung die Prodigalitätserklärung ihres früheren Mündels beantragt. Das Stadtgericht willfahrte diesem Antrage am 3. April 1846. Dieses Erkenntniß wurde auf Beschwerdeführung des Querulanten bestätigt vom

Appellationsgerichte am 15. April 1846,
Oberappellationsgerichte am 21. October 1848.

234. Kann eine Prodigalitätserklärung ex officio erfolgen?

Wenn Apellant sich darauf berufen hat, daß eine Prodigalitätserklärung überall nicht ex officio erfolgen könne, so ist dieser Einwand weder in facto begründet, noch rechtlich zu beachten. Denn den Antrag, welchen die Vormünder — — auf richterliches Einschreiten gegen den Appellanten und auf dessen Interdiction gestellt haben, — — haben dieselben keineswegs revocirt. — — — Andererseits unterliegt es schon nach römischem Recht

cf. L. 1 pr. D. de curat. fur. dand. (27, 10)

keinem erheblichen Bedenken, und ist vollends nach der Stellung, welche das Princip der staatlichen Ober-Vormundschaft im heutigen Rechte den Gerichten in Bezug auf Vormundschafts-Wesen zugemessen hat, keinem Zweifel unterworfen, daß letztere auch selbstständig, wo und welchergestalt immer sich die Nothwendigkeit solcher Interdiction herausstellt, zur Prodigalitätserklärung zu schreiten berechtigt, wie verpflichtet sind; ein deßfallsiger Antrag Seitens der Angehörigen, welche durch die verschwenderische Lebensweise in ihren Rechten und Interessen gefährdet sind, ist nicht sowohl die unerläßliche Bedingung, als vielmehr nur der gewöhnliche Anlaß der Anordnung einer **cura prodigi.**

235. Gründe der Interdiction.

Wenn aber auch gegen manche der Schulden sich Einwendungen erheben lassen und in Folge hiervon oder durch gütliches Arrangement mit den Gläubigern die Schuldenlast sich verringern dürfte, — — so bleibt die Masse der Schulden doch immer noch groß genug, um die Besorgniß einer gänzlichen Verarmung des Curanden zu rechtfertigen und dessen Unfähigkeit zur Selbstadministration seines Vermögens zu documentiren, vollends wenn man erwägt, daß alle jene Wechsel und Schuldscheine aus der kurzen, nur dreimonatlichen Frist datiren, welche zwischen dem Termine der Volljährigkeit und dem Tage der Prodigalitätserklärung verstrichen ist. Es kann ferner der Umstand, daß Curand von Anderen verleitet worden ist, ebenso wenig zu seiner Rechtfertigung gereichen oder der Vermögens-Interdiction entgegenstehen, als daß er nicht sowohl neue Schulden gemacht, sondern nur zu seinem Schaden ältere ratihabirt hat, die an und für sich aller Gültigkeit entbehren würden; denn beides zeigt doch, daß er die zur Selbstadministration seines Vermögens erforderliche Reife des Urtheils und Festigkeit des Charakters nicht besitze, und bekundet dies seinen Leichtsinn um so evidenter, als er durch Nachgiebigkeit gegen die Zumuthungen seines Stiefvaters zugleich die ausdrückliche Weisung des väterlichen Testaments hintansetzte, auch seiner eigenen Angabe nach die späterhin anerkannten sonstigen Schulden zu nicht geringem Theile aus wucherischen und betrügerischen Ge-

schäften herrührten. Im Uebrigen ist es auch eine durchaus irrige Ansicht, wenn Appellant vermeint, daß eine Prodigalitätserklärung auf solche Thatsachen und Handlungen, welche noch in die Zeit der Minderjährigkeit fallen, überall nicht gebaut werden könne.

Vgl. Kraut Vormundschaft §. 61 Th. II. p. 2.

Der Grund dieser Maßregel liegt ja lediglich in der durch das bisherige Verhalten des Verschwenders herbeigeführten Besorgniß, es werde derselbe auch fernerweit solcher Verschwendung sich schuldig machen, und sein Vermögen, statt es ordentlich zu verwalten und angemessen zu nutzen, leichtsinnig verschleudern; diese Besorgniß aber läßt sich auch aus den von einem Minderjährigen contrahirten Schulden, ob sie schon unverbindlich und insofern keine Vermögensverringerung sind, allerdings mit genügender Gewißheit entnehmen; und so wird denn die gesammte Schuldenlast des Appellanten, aus welcher Zeit sie auch stamme und wie sie entstanden sei, gleicher Weise in Anschlag kommen müssen.

Neben deren enormen Größe ist aber auch noch die Qualität vieler dieser Schulden zu berücksichtigen.

236. Nova bei Extrajudicialbeschwerden. Officialverfahren bei Interdictionen.

Es könnte ein Bedenken daher entstehen, daß einerseits alle vorerwähnten Thatsachen insofern nova sind, als sie größtentheils erst seit Eintritt der Curatel bekannt geworden und erst nach bereits erfolgter Berufung an die höchste Instanz zur Sprache gekommen sind, und daß andererseits dieselben nur auf der einseitigen Angabe des Curators beruhen, auch Appellant zu einer Erklärung darüber, ob und welche Einwendungen er etwa dawider vorzubringen habe, nicht speciell und direct aufgefordert worden ist. Bei näherer Erwägung konnte indessen auch in diesem doppelten Betrachte an der Bestätigung der sententia a qua kein Anstand genommen werden.

1. Wenn nämlich nach gemeinem Rechte bei Extrajudicial-Appellationen das beneficium novorum nicht Platz greifen soll, weil, wo bloß ein der Rechtskraft nicht fähiger Bescheid vorliegt,

dem Unterrichter unverwehrt bleibt, denselben zurückzunehmen oder zu ändern, sobald hinreichende Gründe dafür beigebracht werden, mithin die Parthei, welche erhebliche nova für ihre Anträge und wider einen ihr nachtheiligen Bescheid vorzubringen im Stande ist, zu deren Geltendmachung einer Berufung an den Oberrichter überall nicht bedarf, so hat diese Beschränkung des beneficii novorum theils schon nach gemeinem Rechte nur die Bedeutung, daß die für beschwert sich erachtende Parthei ex ante actis zu justificiren habe, theils findet dieselbe nach § 130 u. 161 der Oberappellationsgerichts=Ordnung auf die hierselbst anzubringenden Extrajudicial=Appellationen überhaupt keine Anwendung. Jedenfalls aber kann dies nicht dahin ausgedehnt werden, daß auch zur Verwerfung der erhobenen Beschwerde und für eine Bestätigung des angefochtenen Bescheids keinerlei nova von dem Oberrichter berücksichtigt werden dürften, und daß nur die damalige Sachlage in Betracht komme, nicht die jetzige, wie actenmäßig und gewichtig immer die inzwischen erst eingetretenen oder bekannt gewordenen Thatsachen sein mögen. Wenn bei eigentlichen Appellationen nach § 132 der Oberappellationsgerichts=Ordnung unbedenklich eine confirmatoria auf Grund von novis ergehen kann, so unterliegt dies bei Extrajudicial=Appellationen, vollends der vorliegenden Art, um so weniger einem Zweifel, weil ja, falls trotz solcher nova der Oberrichter den ergangenen Bescheid änderte oder aufhöbe, der Unterrichter wegen dieser nova alsbald den früheren Bescheid von neuem zu erlassen so verpflichtet, als berechtigt wäre und weil in Vormundschafts- und ähnlichen Sachen das materielle Recht mehr als das formelle entscheiden muß.

2. Aus diesem letzteren Grunde und weil zugleich bei Prodigalitätserklärungen ein Officialverfahren, nicht aber eine contradictorische Parthei=Verhandlung zur Feststellung des Thatbestandes eintritt, kann denn auch dem Mangel specieller Erklärung des Appellanten über jene Thatsachen kein erhebliches Gewicht beigelegt werden. Für die Wahrheit der vom Curator gemachten Angaben liegt, je specieller sie sind, in der amtlichen Stellung desselben, welche jedweden Irrthum ausschließt, und in dessen eidlicher Pflicht eine so starke Gewähr und spricht dermaßen die

Präsumtion, daß jede weitere Ermittelung überflüssig erscheinen darf. Außerdem aber hat das Curatel-Amt über die an das Stadtgericht gerichtete Eingabe vom 20. Mai 1846 eine förmliche Verhandlung mit dem Appellanten eingeleitet und bei dieser, so wie in einem späteren Termine hat derselbe nicht sowohl die Richtigkeit der über seinen Schuldenstand vom Curator theils speciell, theils generell gemachten Angaben bestritten, sondern nur gegen einzelne Forderungen Einwendungen zu haben erklärt, diese aber nicht einmal näher specificirt. Anbelangend dagegen den an das Appellationsgericht erstatteten Bericht des Curators vom 16. Mai, so hat theils dieser Letztere selbst die dazu gehörigen Schulden-Verzeichnisse dem Curanden und dessen Sachführer zur Kenntnißnahme und Prüfung mitgetheilt, theils ist dies auf Antrag des Curators Seitens des Appellationsgerichts und zwar gerade zu dem Behufe geschehen, damit bei Ausführung der Appellation darauf Rücksicht genommen werde. War dies nun auch insofern nicht möglich, als bereits am 18. Mai der Appellations-Libell hierorts eingereicht worden ist, so hat doch Appellant bis zum Actenschluß für etwaige Remonstrationen gegen die Anschuldigungen des Curators eine fast fünfmonatliche Frist gehabt; diese aber hat er ungenutzt verstreichen lassen und in dem Inrotulationstermine durch seinen Anwalt sogar erklärt, daß er nichts zu erinnern habe. — — —

Weder an Kenntniß der fraglichen Curatorial-Eingaben, noch an Gelegenheit und Veranlassung, sich dawider zu vertheidigen und deren etwaige Unrichtigkeit zu rügen, hat es mithin dem Appellanten gefehlt, und so darf in dessen Verhalten unbedenklich ein stillschweigendes Anerkenntniß jener Eingaben und der darin enthaltenen Beschuldigungen gefunden, deren Wahrheit also als hinlänglich constatirt angesehen werden. Die Einforderung einer besonderen Erklärung des Appellanten würde hiernach bloße Formalität und unnütze Weiterung gewesen sein, und konnte unter solchen Umständen deren Mangel für sofortige Bestätigung der erkannten, durchaus gerechtfertigt erscheinenden Prodigalitätserklärung, — — weder ein Hinderniß, noch auch nur ein Bedenken darbieten.

XCVIII.

Johann Heinrich Voltz dahier, Kläger

contra

dessen Ehefrau Caroline Eleonore Wilhelmine, geb. Nagel dahier, Beklagte.

Während des Ehescheidungsprocesses hatten die Voltz'schen Eheleute in einem gemeinsamen Hause die Wohnung in abgesonderte Benutzung genommen. Der Ehemann machte nunmehr eine andere Eintheilung dieser Localitäten, indem er für sich ein Zimmer im Vorderhaus beanspruchte, dagegen der Ehefrau, neben der Belassung der übrigen Zimmer auf die Straße, im Hinterhause Räumlichkeiten anwies. Die Ehefrau beschwerte sich wegen dieser Aenderung bei dem Stadtgerichte. Ihr Antrag wurde unter Verurtheilung der Beklagten in die Kosten verworfen vom

Stadtgerichte am 16. April 1847,
Appellationsgerichte am 23. Juni 1847,
Oberappellationsgerichte am 23. October 1848.

237. Imperium maritale in Bezug auf die Wohnung.

Da es im Allgemeinen keinen Zweifel leiden kann, daß dem Ehemanne das Recht zusteht, anzuordnen, wie die Zimmer im Hause vertheilt werden sollen, und zu bestimmen, welche er sich vorbehalten, welche er seiner Frau zur Benutzung für sie und ihre Kinder überlassen will, so ergibt sich schon daraus, daß es einer Ehefrau nur in dem Falle gestattet werden kann, in dieser Beziehung die Einmischung der Gerichte in Anspruch zu nehmen, wenn ein grober Mißbrauch dieses Rechts von Seiten ihres Ehemannes vorliegt und ihr zu einer erheblichen Beschwerde Veranlassung gibt. So liegt die vorliegende Sache aber nach der eignen Darstellung der Appellantin nicht; denn ihr ist nicht nur eine genügende Anzahl

von Zimmern zur Verfügung gestellt, sondern es befindet sich unter den von ihrem Ehemanne ihr zugetheilten Localitäten — — auch das beste Zimmer. — — Wenn daher auch die neue Einrichtung, welche der Appellat hinsichtlich der Vertheilung der Zimmer getroffen hat, für die Frau unbequemer ist, als diejenige, welche bisher stattfand, wobei sie ihre ganze Wohnung zusammenhängend und auf ebener Erde hatte, während sie jetzt zwei Parterre-Zimmer hat abgeben müssen und dafür zwar zwei andere, aber entfernt liegende eingeräumt erhalten kann, so kann doch die bloße Unbequemlichkeit, die sie dadurch erleidet, überall nicht für einen hinreichenden Grund gelten, um sie zu berechtigen, sich der Anordnung ihres Mannes zu widersetzen, da dieser doch auch seinerseits Ansprüche auf Bequemlichkeit machen darf und ihm daher nicht zugemuthet werden kann, wenn er sich auch bisher in der Hoffnung, bald durch seinen Proceß eine gänzliche Separation zu erlangen, mit einem Zimmer im Hinterhause begnügt hat, bei der langen Dauer dieses Rechtsstreites fortwährend auf die Benutzung des Vorderhauses ganz zu verzichten.

Steht nach dem Bisherigen im Allgemeinen das Recht dem Appellaten zur Seite, so kommt es nur noch auf die besonderen Gründe an, wodurch die Ehefrau ihren Antrag unterstützt hat, ihr die bisher von ihr und ihrer Tochter bewohnten Zimmer auch ferner zu belassen oder ihr wenigstens doch das eine der von ihrem Ehemanne zur eigenen Benutzung genommenen Zimmer zuzusprechen. Hier ist nun

a. dasjenige, was die Appellantin darüber angeführt hat, daß in der getroffenen Einführung eine eigenmächtige Separation liege, ganz unzutreffend; denn dieselbe Trennung, die jetzt stattfindet, hat auch schon bisher bestanden, indem die Streittheile schon längst ganz abgesonderte Zimmer bewohnt haben. — — — Findet jetzt also keine größere Trennung, wie bisher, sondern nur eine veränderte Eintheilung der Zimmer statt, so erscheint es ganz unpassend, wenn die Appellantin auch in dieser Sache sich auf den Grundsatz **pendente lite nihil innovetur** beruft, da über die Vertheilung der Zimmer bisher überall noch kein Streit unter den Partheien anhängig gewesen ist.

b. Aber auch aus dem Gesundheitszustande der Appellantin läßt sich deren Antrag nicht rechtfertigen, da selbst, wenn es wahr sein sollte, — was durch die Privat-Atteste ihres Arztes noch keineswegs bewiesen ist, — daß sie die nach dem Hofe zu auf ebener Erde belegenen Localitäten ihrer Gesundheit halber nicht ohne Nachtheil würde als Schlafzimmer benützen können, und daß sie wegen Brustschwäche nicht häufig Treppen steigen dürfe, doch die im oberen Theile des Hinterhauses zu ihrer Verfügung gestellten beiden Zimmer nach ihrer eigenen Schilderung als vollkommen angemessen zum Schlafen für sie und ihre Tochter erscheinen, und, da außer der großen Stube nach vornen im Erdgeschoß noch andere Räumlichkeiten der Appellantin eingeräumt sind, die wenigstens ohne Nachtheil für die Gesundheit eine vorübergehende Benutzung gestatten, durchaus kein Grund vorhanden ist, anzunehmen, daß die Appellantin, wenn sie die oberen Zimmer als Schlafzimmer benutzt, genöthigt sein sollte, im Laufe des Tages häufig nach dem oberen Theile des Hauses zurückzukehren und auf diese Weise mehrfach Treppen steigen zu müssen.

c. Aus dem Angeführten ergiebt sich aber ebenfalls zur Genüge, daß die Behauptung der Appellantin, daß sie nicht hinlänglichen Platz für sich und ihre Tochter habe, eben nur darauf beruht, daß sie die oberen Zimmer im Hinterhause ohne genügenden Grund nicht benutzen will.

XCIX.

Johann Heinrich Voltz dahier, Kläger
contra
dessen Ehefrau Caroline Eleonore Wilhelmine, geb. Nagel dahier, Beklagte.

Während des Entscheidungsprocesses der beiden Partheien wurde der Beklagten durch Decret vom 22. Januar 1841 ein Monatsgeld von fl. — neben fernerer directer Bezahlung dessen durch den Kläger, was bisher durch ihn für die Haushaltung

angeschafft worden war, bis auf Weiteres zuerkannt. Jetzt will der Ehemann seinen Haushalt dergestalt einrichten, daß die Bereitung des Frühstücks für ihn, sowie die Verköstigung der Lehrlinge durch seine Ehefrau wegfällt und ist erbötig, der letzteren für die Bestreitung ihrer und ihrer Tochter gesammten Lebensbedürfnisse, sowie für das Halten einer Magd jährlich fl. 1800 zu verabfolgen, wogegen die bisherigen directen Anschaffungen mit Ausnahme des Holzbedarfs cessiren sollen. Das Stadtgericht willfahrte diesem Antrage am 19. Mai 1847. Dieses Urtheil wurde auf Appellation der Beklagten unter Verurtheilung derselben zum Kostenersatze bestätigt vom

Appellationsgerichte am 2. August 1847,
Oberappellationsgerichte am 23. October 1848.

238. Allgemeiner Vorbehalt aller weiteren Rechte gegen ein Urtheil.

(Die Beklagte hatte in zweiter Instanz einen Antrag auf Kostenvorschuß gestellt: das Appellationsgericht hatte, nachdem Kläger vernommen worden war, am 27. September 1847 den Antrag zurückgewiesen. Nachdem in obiger Sache der Appellationslibell eingereicht war, wiederholte Beklagte bei dem Oberappellationsgerichte den Antrag auf Kostenvorschuß. Dieser Antrag wurde gleichzeitig mit obigem Urtheil als unstatthaft verworfen).

Der ersichtlich der Rechtskraft fähige Ausspruch des Appellationsgerichts vom 27. Sebtember 1847 ist aber auch wirklich in Rechtskraft getreten. Denn es hat die Appellantin kein Rechtsmittel wider denselben eingewandt, sondern in einer intra decendium bei den vorigen Richtern angebrachten Remonstration sich nur dagegen alle weiteren Rechte vorbehalten. Da nun ein solcher Vorbehalt für die wirkliche Interposition eines Rechtsmittels nicht gelten kann, wie das Oberappellationsgericht schon wiederholt erkannt hat,

Vgl. auch Ludovici Einleit. z. Civilproc. cap. 27. § 1. 2.
Danz ordentl. Proc. ed. Gönner § 405 a. E. 421 a. E.

und auch die hier am 20. December v. J., also 83 Tage nach Abgabe des appellationsgerichtlichen Decrets vom 27/28. Sept. v. J. eingereichte, „gehorsamste Vorstellung und Bitte" rubricirte Schrift

der Appellantin ebenso wenig geeignet ist, die Stelle einer zu rechter Zeit eingereichten Appellationsschrift zu vertreten, mithin der Rechtskraft des Decrets vom 27/28. September nichts im Wege steht, so war die Appellantin mit ihrem Antrag auf Kostenvorschuß schon propter rem judicatam zurückzuweisen, ohne daß es überall einer materiellen Prüfung derselben bedurfte.

239. Imperium maritale in Bezug auf den Haushalt.

Was nun die Zulässigkeit der vom Appellaten beliebten Einrichtung an sich betrifft, so ist freilich nicht zu verkennen, daß wenn ein Ehemann, der bisher friedlich in gewöhnlicher Weise mit seiner Frau gelebt hätte, eine solche Einrichtung, wie die hier in Frage stehende, wodurch das gemeinschaftliche Zusammenleben so gut wie ganz wegfällt, treffen würde, dies allerdings in hohem Grade auffallend erscheinen würde; allein selbst in einem solchen Falle würde man dem Ehemanne die Befugniß dazu kraft des ihm zustehenden imperium maritale nicht streitig machen können, da es im gemeinen Rechte sowohl, als im Frankfurter Particular-Rechte an jeder gesetzlichen Bestimmung fehlt, wodurch der Frau ein Recht eingeräumt würde, dem Haushalte ihres Ehemannes vorzustehen und diesem die Pflicht aufgelegt würde, seine Frau auch gegen seinen Willen an der Spitze seines Hauswesens zu lassen. Im vorliegenden Falle aber läßt sich das Recht des Ehemannes um so weniger bezweifeln, weil das gemeinschaftliche Leben der Eheleute schon vorher so gut wie ganz aufgehoben war und die ganze beabsichtigte Veränderung daher nur darin besteht, daß nun auch der äußerlich bisher noch fortbestehende gemeinschaftliche Haushalt aufhören soll.

Mit Unrecht stellt aber die Appellantin die Sache so dar, als werde sie durch die in Frage stehende Einrichtung ganz in die Lage gesetzt, als wenn die von ihrem Ehemanne beantragte Scheidung von Tisch und Bett schon ausgesprochen wäre. Denn wenngleich allerdings darin der Appellantin beizupflichten ist, daß der gemeinsame Haushalt durch die neue Einrichtung aufhört, so bleibt das eintretende Verhältniß doch insofern verschieden von demjenigen, was bei einer gerichtlich ausgesprochenen Trennung statt-

finden könnte, als die Appellantin sowohl im gemeinschaftlichen Hause ihre Wohnung behält, als auch ihre Tochter bei ihr bleibt, welche der Appellat, wenn er im Hauptprocesse obsiegen sollte, bei der Mutter zu lassen und dort zu alimentiren, schwerlich würde angehalten werden können. Ebenso beseitigt sich der Einwurf, daß hier ein Verstoß gegen den Grundsatz pendente lite nihil innovetur vorliege, dadurch, daß die von dem Voltz'schen Ehemanne beabsichtigte Neuerung, auf welche es bei Beurtheilung dieser Frage doch nur allein ankommen kann, gar nicht mit dem eigentlichen Objecte des Hauptprocesses, welcher die persönliche Stellung der Ehegatten zu einander betrifft, in unmittelbarer Beziehung steht; denn die Ehegatten, welche schon bisher weder dieselben Zimmer bewohnten, noch ihre Mahlzeiten gemeinschaftlich hielten, werden dadurch nicht ferner von einander gestellt, wie bisher; dagegen wird dadurch, daß die Frau nun in ihren Ausgaben auf ein fixum gesetzt und um dies durchführen zu können, ihr Haushalt von demjenigen getrennt wird, der für Rechnung ihres Mannes in dem gemeinschaftlichen Hause fortbestehen muß, vielen Veranlassungen zu Streitigkeiten vorgebeugt, so daß sich diese Einrichtung als zweckmäßig empfiehlt und durch die Umstände rechtfertigt.

— — — Wenn die Appellantin aber meint, daß etwaige außerordentliche Ausgaben dem gemeinschaftlichen Vermögen zur Last fallen müßten, so ist ihr hinsichtlich wirklich ganz ungewöhnlicher, nicht vorherzusehender Ausgaben nichts aberkannt; zu diesen würden die schon fast regelmäßig gewordenen, jährlich wiederkehrenden Badereisen der Appellantin und ihrer Tochter aber nicht gerechnet werden dürfen, für welche sie ebensowenig, wie für Medicin und Honorar des Arztes eine besondere Beihülfe in Anspruch zu nehmen berechtigt gehalten werden kann. Daß aber die regelmäßigen Ausgaben der Tochter in die der Mutter ausgesetzte Aversionalsumme mit einbegriffen worden sind, kann wenigstens dieser, welche die Tochter bei sich behalten zu wollen mehrfach und auch noch in jetziger Instanz erklärt hat, keineswegs zur Beschwerde gereichen und würde sie gewiß über eine Kränkung ihrer mütterlichen Stellung sich beschwert haben, wenn der Appellat

anders hätte verfahren und von den ausgesetzten fl. 150 monatlich eine bestimmte Quote der Tochter zur Bestreitung ihrer Ausgaben hätte direct überweisen wollen.

Wenn es aber von der Appellantin geltend gemacht wird, daß die frühere Einrichtung rechtskräftig festgestellt sei, so bedarf es nur einer Hinweisung darauf, daß es in dem Erkenntnisse — — — heißt, es habe Implorat seiner Ehefrau bis auf Weiteres ein Monatsgeld von fl. 50 zu entrichten, wodurch sich die getroffene Bestimmung deutlich genug als eine nur provisorische, die auch selbst während des Processes sehr wohl einer Abänderung unterworfen werden könne, kund gab. Während dieser Einwand daher als unbegründet zu verwerfen war, konnte auch die von der Appellantin aufgestellte Bemerkung, daß eine große Kränkung für sie in der neuen Einrichtung liege, indem sie durch dieselbe des Hausregiments entsetzt und ohne etwas verschuldet zu haben, wie eine unbrauchbare Hausfrau behandelt werde, keine Berücksichtigung finden. Denn wenn es auch nicht zu verkennen ist, daß die der Frau für die Zukunft in dem gemeinschaftlichen Hause zugewiesene Stellung sehr leicht eine peinliche, für sie mit Kränkungen verbundene werden kann, so steht es doch dem Gerichte nicht zu, um deßwillen die Rechte des Ehemannes, so lange er davon nur keinen offenbar böswilligen Gebrauch macht, zu schmälern, auch durfte es nicht übersehen werden, daß die Appellantin nicht etwa beantragt hat, ihr das Recht zuzusprechen, wegen der von ihrem Ehemanne getroffenen neuen Einrichtung mit ihrer Tochter das gemeinschaftliche Haus verlassen und eine abgesonderte Wohnung beziehen zu dürfen, sondern daß sie dort bleiben, sich aber dieser Einrichtung nicht fügen will.

Die Appellantin hat noch specielle und concrete Einwendungen gegen die Modalität der hier getroffenen Einrichtung gemacht. — — — Sie betreffen

1. den Mangel der nöthigen Bestimmtheit, den sie in den Entscheidungen der vorigen Richter in der Beziehung findet, daß nicht ausgesprochen sei, was sie eigentlich alles aus der ihr ausgesetzten Aversionalsumme bestreiten solle. Die Appellantin meint nämlich, sie sei, da es nicht ausdrücklich ausgesprochen sei, daß sie

auch außerordentliche Ausgaben davon zu übernehmen habe, dazu nicht verpflichtet, darüber würden aber leicht neue Streitigkeiten entstehen;

2. die Feststellung des ihr ausgesetzten Betrages, ohne daß dafür eine gehörige Basis vorhanden gewesen sei. In dieser Beziehung beantragt die Appellantin

a. eine genaue Ermittelung dessen, was nach der bisherigen Einrichtung die Ausgaben betragen hätten;

b. eine Nachweisung über den Bestand des Vermögens und der jährlichen Einnahmen, weil diese allein den Maßstab liefern könne, wonach die Sache bestimmt werden müsse;

c. eine Aufgabe darüber, was ihr Ehemann für sich selbst ausgebe, indem in Hinsicht auf den Verbrauch doch eine billige Gleichheit beobachtet werden müsse und es ihm nicht gestattet werden könne, für sich, wie er thue, maßlos zu verschwenden, dagegen sie zugleich in ihren Ausgaben in hohem Grade zu beschränken.

Mit Unrecht macht die Appellantin aber der Entscheidung der vorigen Gerichte den Vorwurf der zu großen Unbestimmtheit; denn das vom Appellationsgerichte bestätigte Erkenntniß des Stadtgerichts vom 19. Mai v. J. bezeichnet sub 5 den von dem Voltz'schen Ehemann offerirten und vom Stadtgerichte für völlig ausreichend und den Verhältnissen angemessen erklärten Betrag als bestimmt „für die Gesammtbedürfnisse der Frau und der Tochter einschließlich der Kosten für eine Magd". Der Vorwurf der Unbestimmtheit könnte also nur insofern die vorigen Entscheidungen treffen, als dort die außerordentlichen etwa vorkommenden Fälle nicht speciell berücksichtigt sind, allein darüber im Voraus schon eine Entscheidung zu fällen, konnte nicht einmal für angemessen gehalten werden. Ebensowenig kann aber die Bestimmung als eine voreilig getroffene angesehen werden, indem beide vorigen Gerichte ersichtlich bei ihrer Entscheidung von der ganz richtigen Ansicht ausgegangen sind, daß es einer näheren Ermittelung der Vermögensverhältnisse des Voltz'schen Ehemannes oder gar seines eigenen Verbrauchs, den zu controlliren die Appellantin kein Recht hat, oder der Summen, welche er bei

der bisherigen Einrichtung vorausgabt hat, hier auf keine Weise bedürfe, wo die Verhältnisse des Betheiligten, wenn auch nicht im Einzelnen, doch im Allgemeinen sich nach den in den Acten enthaltenen Daten insoweit beurtheilen lassen, um den von dem Ehemanne seiner Ehefrau ausgesetzten Betrag ohne Weiteres für genügend erklären zu können.

C.

Andrien Blot zu Amiens, Kläger
contra
Adolph Friedrich Otto dahier, Beklagten.

Andrien Blot behauptet klageweise, dem A. F. Otto eine Parthie Waaren in Commission gegeben zu haben, um sie zu beigefügten Preisen zu verkaufen. Auf die Anfrage des Otto, diese Waaren zu einem bedeutend billigeren Preise losschlagen zu dürfen, habe Blot ihm am 31. März 1845 die Weisung ertheilt, die Waaren nach Frankreich zurückzusenden. Statt dessen habe Otto die Waaren unter dem Limito verkauft. Blot verlangt nun Bezahlung der Differenz zwischen dem limitirten Preise und dem Erlöse der Waare. Otto leugnet diesen Sachverhalt und gibt vielmehr an, er sei nach erhaltenem Auftrage, die Waaren zu retourniren, von dem Reisenden der klagenden Handlung, der auch das Geschäft der beiden Partheien eingeleitet habe, beauftragt worden, die Waaren unter dem Limito zu verkaufen.

Das Stadtgericht erkannte am 12. Juni 1846 den Beklagten für schuldig, hinsichtlich der für frs — angeblich verkauften Waaren die zwischen diesem Betrage und den in [3] limitirten Preisen sich ergebende Differenz — — — zu erstatten, er wollte und könnte denn beweisen,

a. daß er den Reisenden des Klägers, Perrochet, von dem ihm durch den Kläger mittelst Schreibens vom 31. März 1845

gewordenen Auftrag zur Rücksendung der fraglichen Commissionswaaren vor dem Verkaufe derselben in Kenntniß gesetzt habe und

b. daß Perrochet dessen ungeachtet den Verkauf der fraglichen Waaren unter seiner, des Beklagten Mitwirkung für die Summe von frs. — ausgeführt habe, sowie

c. daß Perrochet zu diesem im Widerspruche mit der klägerischen Weisung vollzogenen Verkaufe nach der ihm von seinem Principalen ertheilten Vollmacht befugt gewesen sei.

Dem Kläger wird der Gegenbeweis im Allgemeinen, so wie auch der Beweis des Umstandes vorbehalten, daß Beklagter dem Reisenden Perrochet nur eine geringe Anzahl der fraglichen Commissionswaaren und welche derselben zum Behuf des Verkaufs um frs. — als den ganzen Vorrath der bei ihm lagernden klägerischen Waaren vorgelegt habe.

Auf Appellation des Beklagten gestattete das Appellationsgericht am 24. Februar 1847 von jener Differenz den Abzug der Verkaufsprovision. Auf Oberappellation des Beklagten erkannte das Oberappellationsgericht am 25. November 1848 unter Compensation der Kosten zweiter und dritter Instanz, daß für den Fall der Nichtführung der vom Stadtgerichte dem Beklagten auferlegten Beweise oder der Führung des dem Kläger nachgelassenen Beweises der Beklagte nicht sofort zu verurtheilen, sondern alsdann der Kläger schuldig sei, annoch erst entweder

1. zu beweisen, daß die dem Beklagten angegebenen — — prix d'expédition dem Beklagten als einzuhaltende Verkaufspreise aufgegeben worden seien, oder

2. glaubhafte Nachweisung darüber beizubringen, was er bei erfolgter Zurücksendung der vom Beklagten für frs. — verkauften Waaren nach Frankreich dort, nach Abzug der damit verbundenen Kosten, dafür zu lösen im Stande gewesen sein würde;

und dagegen dem Beklagten außer dem directen Gegenbeweise gegen die erste Beweisalternative auch die glaubhafte Nachweisung nachgelassen bleibe, daß durch die unterbliebene Rücksendung und den erfolgten Verkauf der Waaren in Frankfurt dem Kläger überall kein oder doch ein geringerer, als der von ihm geforderte Schaden

entstanden sei; wobei es ihm unbenommen sei, zum Behufe dieser Nachweisung auch die nähere Bescheinigung seiner Angaben über den Ursprung und die Beschaffenheit des von ihm verkauften Waarenvorraths mit zu benutzen.

240. Verkaufscommission. Verkauf unter dem Limito. Klage auf die Differenz. Beweisvorbehalt für den Gegner. Glaubhaftmachen statt Beweises.

Die eventuell ausgesprochene Verurtheilung des Beklagten konnte, auch mit der vom Appellationsgerichte gemachten Modification wegen der dem Beklagten zukommenden Provision nicht bestätigt werden.

1. An sich ist es freilich als richtig anzuerkennen, daß, wenn ein Fabrikant oder Kaufmann einem Kaufmann Waaren zum Verkauf zu einem fest limirten Preise in Commission gegeben hat und dieser sie unter dem Limito verkauft, der Committent, ohne seinerseits noch zu dem Beweise schuldig zu sein, daß er durch den ordrewidrigen Verkauf Schaden gelitten habe, ohne Weiteres die Differenz zwischen dem gelösten und dem limitirten Preise zu fordern berechtigt ist. Denn wenn sich auch vielleicht nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts Bedenken dagegen erheben lassen, so darf doch der Satz nach neuerem Handelsrechte für zweifellos gelten, wie denn auch der Beklagte selbst ihn als richtig anerkannt hat. Und es kann in dem einzelnen Falle höchstens nur davon die Frage sein, ob dem Commissionär nicht der Beweis zu gestatten sei, daß der ordrewidrige Verkauf den Committenten entweder überall nicht in Schaden gesetzt oder doch der erwachsene Schaden jener Differenz nicht gleichkomme.

2. Auch kommt es im vorliegenden Falle darauf, ob die in [3] verzeichneten prix d'expédition, welche der Beklagte als solche anerkennt, ihm als einzuhaltende Verkaufspreise aufgegeben seien, allerdings noch an. Denn wenngleich der Beklagte sich darauf beruft, daß der Kläger durch sein Schreiben vom 31. März 1845 ihn beordert habe, die Waare nach Frankreich zurückzusenden, und es sich daher nicht mehr davon handle, welchen Schaden der Kläger durch den Verkauf der Waare unter dem etwaigen Limito,

sondern davon, welchen Schaden er dadurch erlitten habe, daß die Waare statt nach Frankreich zurückzugehen, so, wie geschehen, verkauft sei, so ist das ungegründet. Allerdings zwar schreibt der Kläger in jenem Briefe, es solle der Beklagte mit jedem Verkaufe einhalten (cesser toutes ventes). Und wenn der Kläger wirklich, wie der Beklagte anführt, in einem früheren Briefe vom 10. October 1844 ihm in Beziehung auf den Verkaufspreis der streitigen Waaren toute latitude gewährt und ihn zu einem, wenn nur nicht entschieden nachtheiligen, Verkaufe, auch unter Limito ermächtigt hatte, so ist diese Ermächtigung freilich durch den späteren Brief des Klägers zurückgenommen worden. Allein aus dem ganzen Zusammenhange dieses Briefes ergibt sich doch, daß der Kläger die Rücksendung der Waare nach Frankreich nur beordert hatte, weil ihm die Preise, wegen welcher der Beklagte in seinem Briefe vom 22. März 1845 bei ihm angefragt hatte, nicht convenirten — voyant que vous ne pouvez parvenir à rien de satisfaisant —, daß dagegen ein Verkauf zu den prix d'expédition immer noch in der Intention des Klägers lag und die Ermächtigung dazu keineswegs zurückgenommen war. Dagegen kann es

3. noch zur Zeit nicht als ausgemacht gelten, daß der Beklagte beim Verkaufe der fraglichen Waaren überhaupt an die in [3] verzeichneten Preise strenge gebunden gewesen sei. Denn

a. ein Zugeständniß des Beklagten, daß dem so sei, liegt nicht vor. Das in der Klage enthaltene Anführen, daß der Beklagte die in [3] verzeichneten Waaren in Commission erhalten habe, um sie zu den daselbst beigefügten Preisen zu verkaufen, erklärt nämlich der Beklagte in seiner Vernehmlassung gleich zu Anfang für unrichtig. Und wenngleich er in der hieran geknüpften Darstellung, wie sich die Sache eigentlich verhalte, angab, daß der Kläger bei der Absendung der ihm in Commission gegebenen Waaren jedesmal bestimmte Preise als die gewöhnlichen Verkaufspreise angegeben habe, so ist doch theils dies nicht das Zugeständniß eines festen Limito, da die Aufgabe der gewöhnlichen Verkaufspreise auch nur den Zweck haben kann, zu einem allgemeinen Anhalt beim Verkauf zu dienen, theils verbindet der Be-

klagte mit jenem Zugeständnisse sofort das weitere Anführen, daß der Reisende des Klägers, Perrochet, von welchem nach der Darstellung des Beklagten die ganze Geschäftsverbindung zwischen dem Kläger und ihm zuerst vermittelt worden, ihm eine Instruction gegeben habe, wonach er keineswegs an jene Preise gebunden, sondern ermächtigt gewesen sei, nach seinem gewissenhaften Ermessen auch billiger zu verkaufen, und jenes Zugeständniß von diesem modificirenden Zusatze abzuschneiden, ist juristisch unstatthaft. Ueberdies aber enthalten

b. die Acten Manches, wodurch die Bedeutung prix d'expédition als wirklicher limitirter Preise in Bezug auf die bei dem Beklagten befindlichen Waaren mindestens zweifelhaft erscheint.

Einmal nämlich hat der Beklagte eine Reihe von Auszügen aus Briefen des Klägers unter Erbieten zur Vorlegung der Originale mitgetheilt, aus welchen soviel klar hervorgeht, daß es dem Kläger bei den fraglichen Waaren als Modewaaren viel weniger darum, daß genau die prix d'expédition eingehalten, als daß rasch verkauft werde und die Waare nicht von einer Saison in die andere liegen bleibe, zu thun gewesen ist.

Zweitens hat der Beklagte sich darauf berufen, daß beinahe der ganze Waaren-Vorrath, welchen er zuletzt vom Kläger auf dem Lager gehabt, aus solchen Waaren bestanden habe, die von den Bestellern aus irgend einem Grunde, sei es wegen für die Saison zu später Lieferung, sei es wegen Mängel zurückgewiesen gewesen seien, und daß dem Beklagten mitunter solche refüsirte Sendungen vom Kläger zugewiesen worden seien, geht klar aus einem der obgedachten Briefauszüge hervor. — — —

Und ebenso findet drittens die Behauptung des Beklagten, daß die fraglichen Waaren größtentheils alt und verlegen gewesen seien, in den Acten einige Unterstützung. — — —

Daher mußte dem Kläger, wie im Urtheile geschehen, noch erst der Beweis auferlegt werden, daß die in [3] verzeichneten prix d'expédition dem Beklagten als einzuhaltende Verkaufspreise aufgegeben seien: eine Beweisauflage, auf welche der Beklagte auch in dieser Instanz ausdrücklich einen eventuellen Antrag gerichtet hat.

4. Die zuletzt erwähnten, theilweise durch die Acten bereits unterstützten Behauptungen des Beklagten ließen es jedoch nothwendig erscheinen, demselben neben dem Gegenbeweise, für den Fall der Führung des dem Kläger auferlegten Beweises, auch noch den Beweis nachzulassen, daß durch die unterbliebene Rücksendung und den erfolgten Verkauf der Waare in Frankfurt dem Kläger überall kein oder doch ein geringerer, als der vom Kläger geforderte Schaden entstanden sei. Es ist bereits oben angedeutet worden, daß auch da, wo limitirte Verkaufspreise vorliegen, ein solcher Beweis unter Umständen dem Commissionär zu gestatten sei. Die Klage des Committenten auf die Differenz ist nämlich nichts Anderes als eine **actio mandati in id quod interest**; dieser Anspruch fällt aber durch den Beweis ganz oder theilweise hinweg, daß überall kein oder ein geringerer Schaden vorhanden sei, weil die Verurtheilung **in id quod interest** immer die Existenz eines wirklich erlittenen Verlustes in dem einzelnen Falle voraussetzt.

L. un. C. de sent. quae pro eo quod interest profer. (7, 47)

Freilich ist die Zulassung zu diesem Beweise immer nothwendig dadurch bedingt, daß dessen Führung möglich sei, also daß sich nach den concreten Umständen überall nachweisen lasse, daß der Committent durch den Verkauf unter Limito wirklich keinen oder einen geringeren Verlust erlitten habe. Dieser Fall liegt nun aber hier unzweifelhaft vor, da, wenn es mit den obigen Behauptungen des Beklagten über den Ursprung, das Alter und die schlechte Beschaffenheit der Waaren seine Richtigkeit hat, daraus der Beweis eines geringeren Werthes der Waaren schon von selbst folgen dürfte. Wie es sich daher von selbst versteht, daß es dem Beklagten unbenommen ist, den ihm reservirten Gegenbeweis gegen den Beweis fest limitirter Preise auch auf den Beweis seiner Behauptung zu richten, daß er nach der ihm von Perrochet ertheilten Instruction an die genaue Einhaltung der **prix d'expédition** nicht gebunden gewesen sei, vorausgesetzt natürlich, daß nach Perrochet's Stellung zu den Partheien Beklagter sich nach dessen Instruction zu richten befugt war, so mußte es angemessen erscheinen, dem Beklagten im Urtheile ausdrücklich vorzu-

behalten, sich zum Zwecke des ihm nachgelassenen speciellen Beweises der Bescheinigung seiner Angaben über den Ursprung und die Beschaffenheit der von ihm verkauften Waaren mit zu bedienen. Auch liegt es in der Natur der Sache, daß bei der Nachweisung des Umstandes, zu welchen Preisen eine Waare sich nur habe verkaufen lassen, weder in formeller, noch in materieller Beziehung die volle Strenge einer gewöhnlichen Beweisführung gefordert werden kann, und ist daher dem Beklagten auch nur eine glaubhafte Nachweisung auferlegt worden.

5. Zugleich war aber auch auf den Fall Rücksicht zu nehmen, daß der Kläger den Beweis, daß die prix d'expédition dem Beklagten als einzuhaltende Verkaufspreise aufgegeben seien, verfehlen sollte, und blieb für diesen Fall nichts übrig, als dem Kläger den Beweis des erlittenen Schadens aufzuerlegen, weßhalb es denn angemessen erschien, mit jenem Beweise sofort den alternativ zu führenden Beweis zu verbinden, was er bei erfolgter Zurücksendung der vom Beklagten für frs. — verkauften Waaren nach Frankreich dort, nach Abzug der mit dieser Rücksendung verbundenen Kosten, dafür zu lösen im Stande gewesen sein würde.

Freilich kam dabei in Betracht, daß der Beklagte durch den Verkauf der Waaren dem Kläger die Erbringung dieses Beweises sehr erschwert, wenn nicht unmöglich gemacht hat. Eben deßhalb aber und da hier die unter 4 angegebenen Gründe, weßhalb kein völlig strenger Beweis gefordert werden kann, in noch höherem Grade eintreten, mußte es genügend erscheinen, hier dem Kläger ebenfalls nur eine glaubhafte Nachweisung aufzuerlegen. Auch wird es dem Kläger, da doch in dem ordrewidrigen Verkaufe an und für sich immer eine culpa lata enthalten ist, falls nicht aus der theilweisen Führung der dem Beklagten vom Stadtgerichte auferlegten Beweise sich eine Entschuldigung für sein Verfahren ergeben sollte, unbenommen bleiben müssen, auf Zulassung zum juramentum in litem anzutragen, wie dies der Beklagte selbst einräumt. Indessen war hierüber zur Zeit nicht zu erkennen.

CI.

Emma Diehl dahier, Klägerin
contra
Johannes B. dahier, Beklagten.

Während obschwebender Klage auf Entschädigung wegen Schwängerung und Klage auf Ehelichung oder Entschädigung wegen Eheversprechens, beantragte Klägerin, die beabsichtigte weitere Verehelichung des Beklagten bescheinigend, ein Verbot, daß die gemischte Kirchen- und Schulcommission vorerst dem Gesuch des Beklagten wegen seines Aufgebots und Trauung keine Folge gäbe. Das Stadtgericht verwarf am 26. Juni 1848 diesen Antrag, während auf Appellation der Klägerin das Appellationsgericht am 7. Juli 1848 vorläufig das Verbot erließ und nach eingekommener Erklärung des Beklagten am 15. Juli 1818 dahin erkannte, daß die angelegte Inhibition wieder aufgehoben werden könne, wenn sich vorerst beide Theile über die Art und den Betrag einer von dem Beklagten zu bestellenden Sicherheit für die der Klägerin etwa zu leistenden Entschädigung verständigt haben, resp. solche durch richterliches Ermessen bestimmt und auch geleistet sein würde. Dieses Urtheil wurde auf Oberappellation des Beklagten unter Kostencompensation vom Oberappellationsgerichte am 25. November 1848 bestätigt.

241. Eheversprechen. Klage auf Erfüllung oder Entschädigung. Beabsichtigte Vollziehung der Ehe mit einer Dritten.

Die Klägerin hat zwar von ihrem Rechte, aus dem unter Voraussetzung der Wahrheit der zu Beweis gestellten Thatsachen rechtskräftig für klagbar erklärten Eheversprechen lediglich auf Vollziehung desselben zu klagen,

Mandat vom 15. September 1733 § 2.

keinen Gebrauch gemacht, sondern gebeten, den Beklagten anzuhalten, sie zu heirathen oder angemessen zu entschädigen, und da-

her es in die Wahl des Beklagten gestellt, ob derselbe sie heirathen oder entschädigen wolle. Das dieser alternativen Verpflichtung entsprechende Recht der Klägerin geht aber, so lange die eine oder die andere Verpflichtung von dem Beklagten nicht erfüllt ist, gleichmäßig auf beide Leistungen und jede Handlung des Beklagten, welche vor der Erfüllung einer der beiden Verpflichtungen die Leistung der einen oder der anderen unmöglich macht, stellt sich insofern als eine obligationswidrige dar, als der Beklagte durch dieselbe die Klägerin der Gefahr des Verlustes ihres ganzen Rechtes aussetzt.

L. 95 § 1 D. de solut. (46, 3)

Namentlich würde der Beklagte, sofern er sich demnächst außer Stand gesetzt fände, die Klägerin angemessen zu entschädigen, unbedingt zur Erfüllung des Eheversprechens verpflichtet sein, diese aber oder ein entsprechendes Surrogat nicht prästiren können, wenn er schon eine andere geheirathet hätte. Denn selbst ein, geeigneten Falles die Stelle der nicht mehr üblichen Zwangstrauung ersetzender richterlicher Ausspruch, durch welchen bei hartnäckiger Weigerung des unverheiratheten Beklagten, die Klägerin zu heirathen, dieser die Rechte einer geschiedenen Frau und dem Kinde die Rechte eines durch nachfolgende Ehe legitimirten beigelegt würde,

Richter Lehrb. des kath. u. evang. Kirchenr. § 271

dürfte dem verheiratheten Beklagten gegenüber sehr bedenklich erscheinen. Die bescheinigter Maßen von dem Beklagten ohne gleichzeitige Entschädigungsleistung an die Klägerin, beziehungsweise ohne Sicherstellung derselben beabsichtigte Vollziehung des mit einer anderen eingegangenen Verlöbnisses stellt sich daher unter Voraussetzung der Wahrheit des von der Klägerin behaupteten Eheversprechens als eine obligationswidrige Handlung dar. Allerdings ist die Obligation selbst von dem Beklagten bestritten und die alternative Verpflichtung des Beklagten hängt noch von dem Ausgange des zwischen ihm und der Klägerin anhängigen Processes ab. Allein eben weil eine gerichtliche Untersuchung der Existenz jener Obligation stattfindet, darf während derselben keine, den Anspruch der Klägerin beeinträchtigende oder gefährdende Handlung von dem Beklagten vorgenommen werden und es gehört

zu den Pflichten des Richteramts, auf Anrufen der betheiligten Parthei die Vornahme solcher Handlungen zu verbieten. Von dem Mangel des Beweises des Rechts, welches durch ein solches Verbot geschützt werden soll, kann auch für die Versagung des letzteren, wie im stadtgerichtlichen Erkenntnisse geschehen, kein Grund entnommen werden. Zwar wird in einem Falle, wo einem Streittheile während des Processes eine Handlung untersagt werden soll, zu deren Unterlassung er bei dem Ungrunde des zur Klage gebrachten Rechtes nicht verpflichtet wäre, regelmäßig eine Bescheinigung des letzteren erfordert werden müssen, allein wenn durch die Handlung eines Streittheils dem Streitgegenstand der Untergang droht und für diesen ein genügender Ersatz nicht gewährt werden kann, liegt in einer solchen drohenden Gefahr der zureichende Rechtfertigungsgrund, die sie herbeiführende Handlung des Beklagten auch bei noch völlig zweifelhaftem Rechte des klagenden Theils zumal dann zu untersagen, wenn die zeitweilige Unterlassung derselben dem Beklagten keinen unersetzlichen Nachtheil zufügt, sondern nur einen die demnächstige Vornahme der Handlung nicht hindernden Aufschub derselben begründet.

Grolmann Theorie des gerichtl. Verf. § 238.

Gönner Handb. des Proc. Bd. 4 Abth. 79 § 12 § 30.

Zu dem hiernach mit Recht am 7. Juli l. J. von ihm erlassenen Verbote hätte freilich das Appellationsgericht nicht schreiten, beziehungsweise es bei demselben nicht belassen können, wenn die Acten den Verdacht der Chicane gegen die Klägerin begründeten. Den Verdacht, daß dieselbe wider besseres Wissen das Dasein eines nicht vorhandenen Eheversprechens behaupte, begründet aber nicht einmal der Inhalt der Zeugenrotul, deren Eröffnung erst nach dem angefochtenen Erkenntnisse stattgefunden hat — — —, indem nämlich hier die Zeugenaussagen nur insofern berücksichtigt werden können, als durch sie der obenbezeichnete Verdacht eine Begründung findet. — —

Wenn es sodann unter Zustimmung der Klägerin dem Beklagten in dem angefochtenen Erkenntnisse gestattet ist, durch Stellung einer Caution für die etwa der Klägerin zu entrichtende Entschädigung die Wiederaufhebung des auf die zu dem Ende in

der Vernehmlassung auf den Appellationslibell von ihm vorgebrachten Gründe mit Recht nicht zurückgezogenen Verbots vom 7. Juli l. J. zu erwirken, so kann in dieser Gestattung in keiner Weise eine Beschwerde für den Beklagten begründet liegen, und es ist dieser bloßen Ermächtigung gegenüber völlig unerheblich, daß sich der Beklagte darauf beruft, als Frankfurter Bürger zu einer Sicherheitsleistung wegen des Streitgegenstandes nicht verpflichtet zu sein. Auch liegt in dieser Bestimmung des angefochtenen Erkenntnisses insofern keine Beschwerde, als dieselbe den Betrag der Caution nach vorgängiger Verhandlung der Streittheile richterlicher Festsetzung vorbehielt und denselben nicht alsbald nach dem eventuellen Antrage des Beklagten auf fl. 25 festsetzte. Denn von dieser Summe kann schlechthin nicht die Rede sein, da ihre Rechtfertigung von dem Beklagten durch einen angeblichen Gerichtsgebrauch versucht wird, der für ohne Eheversprechen Geschwächte eine Satisfactionssumme von höchstens fl. 30 bestimmt und mithin überall nicht hierher gehört.

242. Kostencompensation.

Eine Vergleichung der Kosten dieser Instanz mußte ausgesprochen werden, theils weil der Beklagte das stadtgerichtliche Erkenntniß für sich hat, theils weil die Sache doch für eine völlig zweifellose nicht angesehen werden konnte.

CII.

Philipp Mohr u. Heinrich Michel zu Dortelweil als Vormünder der minderjährigen Kinder der verstorbenen Anna Margaretha Rach, Imploranten.

Nachdem der Johann Adam Rach für todt und ohne Leibeserben verstorben erklärt worden war, stellten die Imploranten folgenden Antrag: da laut amtlichen Zeugnisses Johann Adam Rach nach der Affaire bei Wilna, welche notorisch im

Russischen Feldzuge des Jahres 1812 stattgefunden, vermißt worden; — — da ferner notorisch der nächste Friedensschluß nach dem Russischen Feldzuge am 30. Mai 1814 abgeschlossen worden sei, so sei die Erbschaft des J. A. Rach in Gemäßheit des Gesetzes vom 9. Mai 1847 § 1 sub d und § 7 als am 30. Mai 1824 eröffnet zu betrachten; sie bäten daher, das Decret vom 22. December 1847 dahin zu ergänzen.

Das Stadtgericht erkannte am 7. Juni 1848: da aber die Todeserklärung des J. A. Rach erst mit der Publication des Gesetzes vom 9. März 1847 zulässig geworden ist, so kann die Eröffnung seiner Erbschaft nur auf den 13. März 1847 festgesetzt werden.

Dieses Urtheil wurde vom Appellationsgericht am 7. August 1848 bestätigt, die dagegen eingeführte Oberappellation aber vom Oberappellationsgerichte am 30. November 1848 als desert (mangelnde Angabe der Beschwerden bei Interposition der Extrajudicialappellation) und unbefugt zurückgewiesen.

243. Transmissio ex capite restitutionis in integrum. Transmissio ex L. 19 C. de jure deliberandi.

(cf. oben Nr. 99.)

Wollte man indessen den formellen Punct (die Nichtangabe der Beschwerden bei Einführung der Extrajudicialappellation) auch als zweifelhaft betrachten, so würde es doch jedenfalls bei dem vorigen Erkenntnisse aus dem materiellen Grunde zu belassen sein, weil die Appellanten nicht befugt und legitimirt sind, auf eine Abänderung des stadtgerichtlichen Decrets vom 7. Juni in dem Maße, wie sie gethan haben, anzutragen. Ihr Sachführer geht nämlich in seinen sämmtlichen gerichtlichen Vorträgen von der Ansicht aus, daß den Mündeln der Appellanten wegen ihrer unehelichen Geburt ein selbstständiges Erbrecht an dem Nachlasse des Johann Adam Rach nicht zustehe, daß jedoch der Mutter derselben diese Erbschaft bei deren Lebzeiten angefallen und, obgleich solche von der Letzteren nicht angetreten worden, das Recht der Antretung auf die Mündel der Appellanten als deren Erben transmittirt sei, und in Folge dieser Ansicht hat er die Beschwerden

aufgestellt, daß der Zeitpunkt der Eröffnung der fraglichen Erbschaft erst auf den 13. März 1847, also nach dem, am 5. März 1838 erfolgten, Tode der Mutter der Mündel, und nicht vielmehr auf den 30. Mai 1824 festgesetzt oder doch eventuell den Appellanten der Beweis nachgelassen worden, daß Johann Adam Rach schon im Jahre 1812 umgekommen sei. Nun aber würde, wenn auch der einen oder der andern dieser Beschwerden stattzugeben wäre, dies doch nicht dahin führen können, daß den Mündeln irgend ein rechtlicher Anspruch an jener Erbschaft zustände, da hier keiner der gesetzlichen Transmissionsfälle vorliegt, welche eine Ausnahme von der Regel bilden, daß eine von den Erben nicht angetretene Erbschaft auf dessen Erben nicht übergeht. Denn wenn der Sachführer der Appellanten

1. eine Transmission dadurch begründen will, daß bei Lebzeiten der Mutter der Mündel weder der Tod des J. A. Rach constatirt, noch eine Todeserklärung desselben zu erwirken und daher die Mutter der Mündel nicht im Stande gewesen sei, dessen Erbschaft anzutreten, so haben sich zwar einige Schriftsteller dahin geäußert, als ob ganz allgemein, sobald der Erbe wegen eines rechtlichen oder factischen Hindernisses die Erbschaft nicht habe antreten können, eine Transmission derselben auf seine Erben direct oder mittelst einer restitutio in integrum stattfinde, allein nach der richtigeren Meinung ist diese Art der Transmission wegen einer factischen Behinderung auf den einzelnen Fall einer Abwesenheit der Erben in Staatsgeschäften, wegen einer rechtlichen Behinderung aber auf die speciellen in den Gesetzen angeführten oder doch auf diese völlig gleiche Fälle zu beschränken, und zu den letzteren gehört der hier vorliegende Fall, wenn die Verhinderung darin bestand, daß noch keine Todeserklärung eines Verschollenen erfolgen konnte, auf keine Weise. Nach diesen Grundsätzen hat das Oberappellationsgericht bereits in mehreren früheren Frankfurter Sachen erkannt und jene Grundsätze in den Entscheidungsgründen näher ausgeführt.

Wateler c. Knatz u. Gtn. 1825

Kalkbrenner Wwe. c. Rechnei- u. Rentenamt 1837

Zahn c. Katterfeld Erben 1837.

2. Sollte ferner der Sachführer der Appellanten, indem er davon redet, daß den Mündeln als Erben ihrer Mutter die der letzteren zuständige Deliberationsfrist zu statten kommen müsse, vielleicht eine Transmission aus

L. 19 C. de jure delib. (6, 30)

gemeint haben, so würde dies eben so wenig zutreffend sein, da jene Art der Transmission nur in dem Falle stattfindet, wenn der Erbe zur Zeit seines Todes über die Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft wirklich deliberirte oder doch als deliberirend angesehen werden könnte, mithin dabei vorausgesetzt ist, daß ihm der Anfall der Erbschaft bekannt geworden war.

3. Das Vorbringen des Sachführers endlich, daß den Mündeln wegen ihrer Minderjährigkeit gegen etwaige Versäumniß eine restitutio in integrum zu ertheilen sei, ist ganz unpassend, da hier von einer ihnen selbst angefallenen Erbschaft und von einer ihrerseits versäumten Antretung derselben gar nicht die Rede ist.

Neben der gedachten, von dem Sachführer der Appellanten zum Grunde gelegten Ansicht über das rechtliche Verhältniß der Mündel ergibt sich nun zwar aus den Acten des Landjustizamtes ein anderer Umstand, welcher auch von den jetzigen Appellanten persönlich in dem Termine vom 12. Mai l. J. geltend gemacht ist, nämlich daß sich im Kirchenbuche die Notiz eingetragen findet, daß die Mündel durch einen Senatsbeschluß vom 23. Juli 1839 in die Rechte der ehelichen Geburt eingesetzt seien; und es wäre möglich, daß dies eine auf Ansuchen des — dort gleichfalls genannten — Vaters der Kinder erfolgte legitimatio plena gewesen und jener Umstand von dem Sachführer, der desselben gar nicht erwähnt, übersehen sein könnte. Sollte sich jedoch die Sache wirklich so verhalten, so würde dies für die jetzige Appellation ganz zu demselben Resultate führen, wie das von dem Anwalte supponirte rechtliche Verhältniß, indem dann der jetzt vom Stadtgerichte festgesetzte Zeitpunct der Eröffnung der Erbschaft grade der für die Mündel der Appellanten vortheilhafteste und die letzteren daher eben so wenig zu dessen Anfechtung befugt sein würden. Aberkannt ist ihnen für den gedachten Fall nichts, da, wie schon oben bemerkt worden, die Entscheidungen der vorigen Gerichte nicht das Mit-

erbrecht der Mündel, sondern nur den Zeitpunct der Eröffnung der Erbschaft des J. A. Rach zum Gegenstande haben. — — —

Bei dieser Lage der Sache konnte die zweifelhafte Frage, ob nach dem § 7 des angeführten Gesetzes in dem Falle, wenn dasjenige factische Verhältniß, welches nach § 1 zu einem Antrage auf Todeserklärung berechtigt, schon vor der Publication des Gesetzes eingetreten ist, der Eintritt dieses Verhältnisses selbst oder erst der Tag der Publication des Gesetzes als der Zeitpunct der Eröffnung anzunehmen sei, dahingestellt bleiben.

CIII.

Valentine Brown Lord Baron Cloncurry zu Maretimo bei Dublin, Kläger

contra

Jac. G. Christ. Ueberfeld dahier, Beklagten.

Die der Klage zu Grunde liegenden factischen Verhältnisse sind bereits Bd. I. p. 74 angegeben worden. Das Stadtgericht erkannte am 18. Mai 1846 auf Beweis und zwar

a. des Klägers, daß er, ehe eines der ihm von dem Beklagten zugeschickten 5½ Loosen in der im Herbst 1845 stattgehabten Ziehung der sechsten Classe der hiesigen 108. Lotterie herausgekommen war, 3½ dieser Loose an den Beklagten zurückgeschickt habe und daß unter diesen zurückgeschickten Loosen sich das Loos Nr. 8947 nicht befunden habe;

b. des Beklagten, daß nach dem in Dublin geltenden Rechte im Juni 1845 der Ankauf auswärtiger Lotterieloose überhaupt oder wenigstens der hier in Frage stehenden Frankfurter Lotterie verboten gewesen sei und zwar dergestalt, daß die darauf bezüglichen Geschäfte als absolut nichtig und wirkungslos zu betrachten sind.

Dieses Urtheil wurde auf beiderseitige Appellation und auf in zweiter Instanz von Seiten des Beklagten gestellten Antrags auf Actenversendung unter Compensation der Kosten mit Ausnahme

der Transmissionskosten zweiter Instanz, die auf den Beklagten fielen, vom Spruchcollegium zu Erlangen am 26. October 1846 bestätigt, dagegen vom Oberappellationsgerichte am 11. December wiederum aufgehoben und dahin erkannt, daß unter Verwerfung der vom Beklagten vorgebrachten Einrede der Nichtigkeit des Geschäfts, der Kläger — zu beweisen schuldig sei, daß er, der Kläger, ehe ihm auf dem ordentlichen und gewöhnlichen Wege die Nachricht habe zukommen können, daß auf das Loos Nr. 8947 bei der Ziehung der sechsten Classe der 108. Frankfurter Lotterie am 31. October 1845 der fragliche Gewinn gefallen sei, dieses Loos als eines derjenigen beiden Loose, welche er behalten und spielen wolle, durch eine bestimmte Erklärung gewählt habe.

244. Indossirte Loose. Eigenthum der Loose der späteren Classen.

Es ist zuvörderst im Allgemeinen zu bemerken, daß es hier nicht darauf ankommt, ob der Kläger das Eigenthum des ihm vom Beklagten zugesandten Looses zweiter Classe Nr. 8947 erworben habe, sondern darauf, ob über das Spiel dieser Loosnummer in den folgenden Classen zwischen dem Kläger und dem Beklagten derjenige Spielvertrag perfect geworden sei, welcher in dem Indossament eines Looses gültig für alle Classen enthalten ist. Denn da nicht das dem Kläger überschickte Loos zweiter Classe, sondern das Loos sechster Classe von der gedachten Nummer, welches nach der Einrichtung der Frankfurter Lotterie ein anderes neues Loos war, mit einem Gewinne herausgekommen ist, so kann das Eigenthum jenes ersteren Looses dem Kläger keinen Anspruch auf diesen Gewinn geben, und es macht dabei auch keinen Unterschied, daß der fragliche Spielvertrag in der Form eines auf ein Loos von einer früheren Classe geschriebenen Indossaments abgeschlossen wird, mithin dieses Loos zugleich die Contractsurkunde für jenen Vertrag bildet, da das bloße Eigenthum des Papiers, auf welches ein Vertrag geschrieben worden, kein Recht des Inhabers aus dem Vertrage begründet, insofern dieser letztere nicht nach den allgemeinen Grundsätzen über Contracte perfect geworden ist, zumal, wenn wie hier, das Indossament nicht au porteur, sondern auf eine bestimmte Person lautet.

245. Lotteriespielvertrag. Bestimmung der species bei dem Hingeben eines genus.

Der Kläger verlangt principaliter, daß der Beklagte sofort, ohne ein weiteres Beweisverfahren und auf Grundlage seiner eigenen factischen Angaben über den Hergang der Sache zur Bezahlung des Gewinnes verurtheilt werden solle. Dieser Antrag ist aber völlig unbegründet.

Die eigene Geschichtserzählung des Beklagten geht nämlich dahin. Der Kläger habe, nachdem er denselben im Mai 1845 aufgefordert, Loose zu der 108. Frankfurter Lotterie von ihm zu beziehen, im Juni zwei ganze Loose für alle Classen, ohne Angabe von Nummern, bei ihm bestellt und bezahlt. Er habe darauf am 26. Juni dem Kläger fünf ganze Loose zweiter Classe, unter welchem sich auch das Loos Nr. 8947 befunden, nebst einem halben Gratisloose, sämmtlich gültig für alle folgenden Classen indossirt, zugesandt, ohne dabei gewisse Nummern als die zwei bestellten und bezahlten Loose und gewisse andere Nummern als die drei außerdem noch beigefügten Loose zu bezeichnen, und habe den Kläger aufgefordert, statt der bestellten zwei Loose diese fünf Loose zu spielen, wobei es mit der Bezahlung der drei Loose Zeit habe, bis Beklagter sich deßhalb künftig melden werde; für den Fall aber, daß Kläger jene drei Loose nicht spielen wolle, habe er denselben ersucht, solche nebst dem halben Gratisloose baldthunlichst an den Beklagten zurückzuschicken. — Der Kläger habe jedoch auf diesen Brief und ebenso auf ein Erinnerungsschreiben des Beklagten vom 1. August von gleichem Inhalte nicht geantwortet und die 3½ Loose nicht zurückgeschickt. Nachdem nun das Loos Nr. 8947 am 21. October 1845 in der sechsten Classe mit einem Gewinne von fl. 110000 herausgekommen, sei er zu dem Kläger nach dessen Wohnorte bei Dublin gereist, hier habe der Kläger — mit Variationen — behauptet, daß er 3½ Loose zurückgeschickt habe, welcher Behauptung jedoch vom Beklagten widersprochen sei, und habe sodann, aber erst nachdem Beklagter ihm die Ziehungsliste vom 21. October übergeben, woraus er den auf das Loos Nr. 8947 gefallenen Gewinn habe ersehen können, dem Beklagten dieses

Loos mit noch einem anderen Loose als die beiden angeblich zurückbehaltenen Loose vorgezeigt.

Legt man nun bloß diese Geschichtserzählung des Beklagten zum Grunde, so ist es klar, daß hiernach unter den Partheien zwar ein Spielvertrag für alle Classen über zwei Loose in genere, nicht aber über die bestimmte Loosnummer 8947 perfect geworden ist. Denn in Ansehung von drei Loosen unter den dem Kläger übersandten fünf Loosen war jener Spielvertrag nur einseitig vom Beklagten offerirt, und da er die zwei bestellten und die drei bloß offerirten Loose nicht nach den Nummern bezeichnet hatte, so war es nun völlig unbestimmt, ob das Loos Nr. 8947 zu jenen zwei bestellten oder zu diesen drei bloß offerirten Loosen gehöre; es war daher, um einen speciellen Spielvertrag über das gedachte Loos zur Perfection zu bringen, erst noch erforderlich, daß der Kläger dasselbe als eines der Loose, welche er behalten und spielen wolle, wählen und sich hierüber erklären mußte; dieses letzteres aber konnte natürlich nicht mehr zu einer Zeit geschehen, wo — wie der Beklagte behauptet — dem Kläger der auf das Loos gefallene Gewinn schon bekannt war.

Die verschiedenen Argumente, welche der Kläger hiergegen vorgebracht hat, sind sämmtlich unerheblich. Sie bestehen nämlich in Folgendem:

1. Wenn ein Lotteriecollecteur Jemandem unbestellte Loose zuschicke, so habe der Empfänger keine Verpflichtung zu antworten und dieselben zurückzusenden, sondern könne sie ohne Antwort bei sich liegen lassen.

2. Da der Kläger nur zwei Loose bestellt habe, so sei es eine ganz unbefugte Handlung des Beklagten, daß von diesem bei deren Zusendung noch drei andere Loose beigefügt worden seien; hätte der Beklagte statt dessen, der Ordnung gemäß, nur zwei Loose geschickt, so wäre dadurch der Spielvertrag über zwei bestimmte Loose sofort perfect geworden, ohne daß es einer weiteren Erklärung des Klägers bedurft hätte, durch jene unbefugte Handlung nun aber habe der Beklagte den Kläger nicht in eine schlimmere Lage versetzen, also ihn nicht zu einer Erklärung nöthigen können, und daher habe es dem Kläger freigestanden, ohne eine

solche Erklärung, solo animo, den Spielvertrag für zwei bestimmte Loose, mithin namentlich für Nr. 8947 perfect zu machen.

3. Der Beklagte habe dem Kläger in dem Briefe vom 26. Juni 1845 den Preis der drei unbestellten Loose unbedingt creditirt; hätte also der Kläger, wie der Beklagte behaupte, nicht geantwortet und jene drei Loose nicht zurückgeschickt, so würde er dadurch von dem bewilligten Credite Gebrauch gemacht, also die drei offerirten Loose ebenfalls stillschweigend angenommen und alle fünf Loose gespielt haben.

4. Es sei hier der Grundsatz anzuwenden, daß in dem Falle, wenn der Schuldner eine von mehreren Sachen nach seiner Wahl zu liefern habe, von diesen Sachen aber die übrigen bis auf eine untergegangen seien, er nun pure verpflichtet sei, die übrig gebliebene Sache zu liefern.

5. Wenn auch der Beklagte, wie er behaupte, dem Kläger in dessen Wohnung vor der Vorzeigung des Looses Nr. 8947 die Ziehungsliste übergeben und ihm dadurch das Schicksal des Looses bekannt gemacht hätte, so würde er doch durch diese einseitige Handlung dem Kläger das Recht, jenes Loos zu wählen, nicht haben entziehen, mithin der Kläger demungeachtet dasselbe nun noch wählen können.

Nun aber gehört

1. der von dem Kläger zuerst angeführte Satz gar nicht hierher. Denn in dem jetzigen Rechtsstreite ist nicht die Rede davon, daß an den Kläger, weil er nicht geantwortet und die drei Loose nicht zurückgeschickt habe, ein Anspruch auf Bezahlung des Preises oder Schadensersatz gemacht würde, sondern der Kläger seinerseits macht einen Anspruch auf einen Gewinn, der auf eines der übersandten fünf Loose gefallen ist; es kommt also nicht darauf an, was er gegen den Beklagten zu thun verpflichtet war, sondern darauf, was er in seinem eigenen Interesse thun mußte, um einen Spielvertrag über das Loos Nr. 8947 zur Perfection zu bringen.

2. Bei dem zweiten Grunde ist es zwar richtig, daß die Zusendung von fünf statt zwei Loosen eine unbefugte und ordnungswidrige Handlung des Beklagten war, indem der Kläger dadurch,

daß er auf den Offertebrief des Beklagten vom Mai 1845 nur zwei Loose bestellte, schon bestimmt seinen Willen erklärt hatte, daß er nicht mehr Loose haben wolle. Allein theils war nun einmal die Sache durch diese Handlung des Beklagten factisch in die Lage gebracht, daß nach rechtlichen Grundsätzen eine Erklärung des Klägers nothwendig wurde, wenn er den Spielvertrag für zwei bestimmte Loose zur Perfection bringen wollte, und die Widerrechtlichkeit jener Handlung kann nicht die Folge haben, daß diese Perfection des Vertrages ohne die Existenz ihrer rechtlichen Erfordernisse dennoch eingetreten wäre, theils ist es ja ganz unerweislich, daß, wenn der Beklagte dem Kläger nur zwei Loose von jenen fünf Loosen zugeschickt hätte, gerade das Loos Nr. 8947 sich hierunter befunden haben, also dann ein Spielvertrag über dieses Loos perfect geworden sein würde.

3. Soviel den dritten Grund anbetrifft, so ist

a. der Schluß unrichtig, daß deßhalb, weil der Beklagte dem Kläger den Preis der fraglichen drei Loose creditirt habe, das Stillschweigen des Klägers auf jenen Brief und die Nichtzurücksendung der drei Loose als eine Annahme derselben zu betrachten sein würde. Denn an sich liegt — wie dies allgemein angenommen und vom Oberappellationsgerichte schon mehrfach erkannt ist, — in dem Stillschweigen auf die Zusendung von unbestellten Loosen keine Annahme derselben, sofern nicht etwa der Empfänger schon früher mit dem Collecteur in Geschäftsverbindung gestanden und dabei regelmäßig die ihm ohne besondere Bestellung zugesandten Loose stillschweigend behalten hat, und dieser Grundsatz muß in dem hier vorliegenden Falle noch um so mehr zur Anwendung kommen, da — wie schon bemerkt worden — die Zusendung der drei Loose nicht bloß unverlangt, sondern dem bestimmt erklärten Willen des Klägers zuwider war; nun aber kann die Creditirung des Preises im Offertebriefe hierbei keinen Unterschied machen, da der Empfänger, wenn man in diesem Falle sein Stillschweigen als eine Annahme der Loose behandeln wollte, hierdurch nicht bloß von dem Credite, als einem ihm bewilligten Vortheile Gebrauch machen, sondern zugleich nun erst zu der Bezahlung des Preises verpflichtet sein würde.

b. Dazu kommt hier denn noch, daß der Kläger ausdrücklich behauptet, er habe die drei Loose nicht annehmen wollen, und es unzulässig sein würde, wenn er widersprechende factische Angaben über seine eigene Handlung neben einander aufstellen wollte.

4. Anlangend das vierte Argument, so ist theils die Gleichstellung des Herauskommens eines Looses mit einer Niete und des Untergangs einer Sache ganz unpassend, theils bestand hier die Verpflichtung des Beklagten nicht darin, dem Kläger eines der ihm zugesandten fünf Loose, sondern nur darin, demselben zwei Loose in genere zu liefern, und diese letztere Verpflichtung wurde dadurch, daß er dem Kläger jene fünf Loose überschickte, nicht in die erstere Verpflichtung verwandelt, theils würde der Kläger, welcher hierdurch in die Lage gesetzt wurde, zwei von den fünf Loosen zu wählen, bei dieser Wahl in mora gewesen sein, wenn er sie bis zur Ziehung der sechsten Classe verschoben hätte.

5. Der Ungrund des letzten Arguments des Klägers endlich ist klar, da, sobald er das Schicksal des Looses wußte, dessen Wahl als Loos rechtlich unmöglich und auch die Mittheilung der Ziehungsliste durch den Beklagten gar keine widerrechtliche, sondern eine ganz ordnungsmäßige Handlung, es vielmehr ein Verschulden des Klägers war, wenn er nicht früher gewählt hatte.

246. Lotteriespielvertrag. Bestimmung der species. Fassung der Beweisauflage.

Wenn zum Behufe der Abänderung der Fassung des Beweises der Kläger beantragt, der Beweis sei nicht auf das specielle Factum der Rücksendung der 3½ Loose zu beschränken, sondern allgemein dahin zu richten, daß der Kläger, seinen Entschluß, das Loos Nr. 8947 als eines der beiden von ihm erkauften zu betrachten, auf irgend eine Weise durch eine concludende Handlung zu erkennen gegeben habe, — — — so war in Folge dieses Antrags dem Beweise die allgemeinere Fassung zu geben, daß der Kläger das Loos Nr. 8947 durch eine bestimmte Erklärung als eines der beiden Loose gewählt habe, welche er behalten und spielen wolle. Denn wenngleich in der vom Kläger in der Replik erster Instanz vorgetragenen Ge-

schichtserzählung außer der Vorzeigung des gedachten Looses an den Beklagten am 19. November 1845 zu Maretimo keine andere Thatsache vorkommt, durch welche der Kläger seinen Willen, das fragliche Loos zu wählen, erklärt habe, als die Rücksendung der drei anderen Loose unter Zurückbehaltung der Loose Nr. 8947 und 13123, so besteht doch das Wesentliche, worauf es bei der rechtlichen Begründung des Anspruchs ankommt, nicht in diesem speciellen Factum, sondern im Allgemeinen in der zeitig getroffenen Wahl, und da der Kläger in zweiter und dritter Instanz diese — — — Beschwerde aufgestellt hat, so konnte ihm dieser allgemeinere Beweis nicht deßhalb versagt werden, weil er diejenigen anderen Thatsachen, durch welche jene Wahl ebenfalls getroffen sein kann, nicht sofort speciell angegeben hat.

247. Lotteriespielvertrag. Zeitpunkt der Wahl der species bei dem Hingeben eines genus.

Soviel den Zeitpunct betrifft, vor welchem die quäst. Wahl erklärt sein muß, so beantragt

a. der Beklagte, daß nicht als der Zeitpunct, bis zu welchem die Rücksendung der 3½ Loose habe geschehen müssen, der Anfang der Ziehung der sechsten Klasse festgesetzt, während — — —

b. der Kläger den Antrag stellt, der Zeitpunct, bis zu welchem er das Loos habe wählen können, sei nicht dahin festzusetzen, daß diese Wahl vor dem Herauskommen des Looses, sondern dahin, daß dieselbe geschehen sei, ehe der Kläger das Schicksal des Looses erfahren habe, und weiter

c. bei der Bestimmung dieses Zeitpunctes nur das Schicksal des Looses Nr. 8947, nicht aber das der anderen zugesandten Loose berücksichtigt wissen will.

1. Die Beschwerde des Beklagten unter *a.* ist ungegründet. Dieselbe soll nämlich dadurch gerechtfertigt werden, daß der Beklagte in seinen Briefen vom 26. Juni und 1. August 1845 dem Kläger eine sofortige Erklärung darüber, welche Loose er annehmen wolle, vorgeschrieben habe, diese dem Kläger gesetzte Frist aber jedenfalls zur Zeit des Anfangs der Ziehung der sechsten Classe — am 27. September — abgelaufen gewesen sei. Allein

zu einer solchen Vorschrift war der Beklagte in Betreff der Wahl von zwei Loosen von Seiten des Klägers unter den hier vorliegenden Umständen gar nicht befugt, weil die dem Kläger übersandten fünf Loose nicht bloß offerirte waren, sondern sich darunter zwei vom Kläger bestellte und bezahlte Loose befanden, die der Beklagte zu liefern schuldig war, hinsichtlich welcher also der Kläger sein Recht der Wahl und der speciellen Bestimmung auf beliebige Weise ausüben konnte, ohne an andere Beschränkungen und Bedingungen gebunden zu sein, als an diejenigen, welche aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen über die Perfection der Verträge folgen.

2. Es war aber dem Antrage des Klägers unter b. insoweit statt zu geben, daß die Wahl des Looses nicht bloß bis dahin, wo dasselbe gezogen ist, sondern so lange, als dem Kläger die Nachricht, von dessen Schicksale auf dem ordentlichen und gewöhnlichen Wege noch nicht zugekommen sein konnte, für zulässig zu erklären und in diesem Maße der fragliche Zeitpunct festzusetzen war. Denn wenn es gleich zum Begriffe des Lotteriespiels gehört, daß der Vertrag über eine ungewisse Hoffnung geschlossen wird, so hatte doch das Loos bis zu dem gedachten Zeitpuncte, auch wenn es inzwischen schon in Frankfurt gezogen war, für den Kläger noch immer diese Eigenschaft, und es ist kein Grund abzusehen, weßhalb in Beziehung auf ihn und sein Wahlrecht es einen Unterschied machen sollte, ob die Ungewißheit darin bestand, daß ihm das künftige Schicksal des Looses oder das bereits im Auslande entschiedene Schicksal desselben unbekannt war, da in beiden Fällen die Ungewißheit und die aleatorische Natur des Geschäfts ganz gleich ist. So wird es denn auch bei auswärtigen Zahlenlotto's unstreitig gehalten, und dafür spricht ferner die Analogie des Assecuranzvertrages, welcher vollkommen gültig ist, wenn auch das Schiff zur Zeit des Abschlusses schon untergegangen oder glücklich angekommen war, sobald nur die Contrahenten keine Nachricht davon hatten. Auch kann hiergegen weder ein Einwand aus der

L. 57 D. de contr. emt. (18, 1)

entnommen werden, wo nicht von einem aleatorischen, sondern von einem auf einen bestimmten Gegenstand gerichteten, also ganz

verschiedenartigen Geschäfte die Rede ist, noch daraus, daß dem Beklagten seit der Ziehung das Schicksal des Looses bekannt und er daher natürlich nun nicht mehr gewillt war, letzteres dem Kläger zu überlassen, denn da der Spielvertrag über zwei Loose in genere völlig perfect war und der Beklagte es dem Kläger überlassen hatte, die zwei bestellten und bezahlten Loose aus den fünf übersandten Loosen auszuwählen, so bedurfte es, um den Vertrag über zwei Loose als species zur Perfection zu bringen, nicht der Zustimmung des Beklagten, sondern nur der einseitigen Wahl des Klägers. Der Beweis konnte jedoch nur so, wie oben angegeben ist, nicht aber dahin gefaßt werden, daß der Kläger, als er das Loos Nr. 8947 gewählt, dessen Schicksal noch nicht gewußt habe; denn der Beweis dieser Negative würde, wenn der Kläger das Loos erst zu einer Zeit gewählt hätte, wo ihm dessen Schicksal auf dem gewöhnlichen Wege füglich bekannt geworden sein konnte, zu bedenklich und nie mit gehöriger Sicherheit und Zuverlässigkeit zu erbringen sein.

3. Wie es sich in dieser Hinsicht zur Zeit der Wahl des Looses Nr. 8947 mit den vier anderen Loosen verhalten hat, kommt nicht in Betracht und war daher der Beweis in Folge der Beschwerde des Klägers unter c. auf das erstgedachte Loos zu beschränken. Die Gründe, welche der Beklagte für die Ausdehnung des Beweises auf die anderen Loose vorgebracht hat, daß nämlich theils, wenn zur Zeit jener Wahl schon eines von den zugesandten fünf Loosen gezogen wäre, hierdurch die Sache in eine andere veränderte Lage gekommen sein würde, als worin sie bei der Zusendung der fünf Loose gewesen sei, theils der Beklagte dem Kläger in seinen Briefen vom 26. Juni und 1. August 1845 eine sofortige Erklärung zur Bedingung gemacht habe, können nicht für erheblich erachtet werden. Denn soviel den ersten Grund betrifft, so war es eine völlig unbefugte, dem erklärten Willen des Klägers zuwiderlaufende Handlung des Beklagten, daß er, welcher dem Kläger contractlich zwei, bereits bezahlte, Loose zu liefern schuldig war, statt dessen dem Kläger — nicht, um demselben eine Auswahl zu gestatten, sondern, wie dies aus dem Briefe vom 26. Juni klar hervorgeht, um ihm noch drei Loose mehr zum Spielen aufzu-

bringen, — fünf Loose zugesandt hat, ohne die beiden zu liefernden und die drei bloß offerirten Loose nach den Nummern zu bezeichnen; der Kläger hatte also das Recht, in Ansehung der zwei Loose, worüber der Spielvertrag bereits abgeschlossen war, die Unbestimmtheit, welche der Beklagte durch sein ungehöriges Verfahren in das Contractsverhältniß gebracht hatte, durch die Wahl von zwei Loosen, als den zu liefernden, zu beseitigen, so lange hinsichtlich dieser beiden Loose eine solche Wahl rechtlich zulässig war, ohne von den drei unbefugter Weise offerirten Loosen Notiz zu nehmen, und wenn sich inzwischen die Lage der Sache in Betreff diese letzteren Loose auf eine für den Beklagten nachtheilige Art verändert hat, so hat er sich diesen Nachtheil durch seine Schuld selbst zugezogen und kann darauf kein Widerspruchsrecht gegen die Wahl des Klägers gründen. Anlangend aber den zweiten Grund, so ist schon oben ausgeführt, daß der Beklagte in Beziehung auf die zwei zu liefernden Loose gar nicht befugt war, dem Kläger für deren Wahl besondere Bedingungen vorzuschreiben.

248. Lotteriespielvertrag. Die Wahl der species bei dem Hingeben eines genus bedarf keiner Acceptation von Seiten des Klägers.

Der dem Kläger aufzuerlegende Beweis war nur darauf zu richten, daß er das Loos Nr. 8947 durch eine bestimmte Erklärung gewählt habe, nicht aber auch darauf, daß diese Erklärung gegen den Beklagten ausgesprochen und diesem bekannt geworden sein müsse. — — Es kommt hier nämlich nicht auf die Frage an, ob in dem Falle, wenn einem Auswärtigen der Abschluß eines Vertrages in einem Briefe angeboten ist und Jener dieses Anerbieten acceptirt, zu der Perfection des Vertrages schon die Erklärung der Acceptation, also namentlich die Absendung des dieselbe enthaltenden Briefes, genüge oder auch erfordert werde, daß diese Erklärung dem Offerenten bekannt geworden sei, weßhalb denn jene höchst streitige Frage

Thöl Handelsr. § 57 und nt. 13.

dahingestellt bleiben kann; sondern in dem hier vorliegenden Falle war bereits über zwei Loose in genere ein völlig perfecter Vertrag abgeschlossen und der Kläger war durch den Beklagten dadurch,

daß ihm dieser fünf Loose zusandte, in die Lage versetzt, daß er durch eine Wahl aus diesen fünf Loosen zwei derselben als species zum Gegenstande jenes Vertrages machen konnte, es bedurfte also zu der Perfection des Vertrags in dieser letzteren Hinsicht von Seiten des Klägers keiner Acceptation einer Offerte, sondern nur einer bloßen einseitigen Wahl.

249. Nachlassung eines rechtlich unerheblichen Beweises. Grundsätze über die Rechtskraft der Beweisinterlocute.

(Der Beklagte hatte gegen die Klage die Einrede vorgeschützt, daß am Wohnort des Klägers das Spielen in auswärtigen Lotterien in der Weise verboten sei, daß alle Ankäufe von Loosen als nichtig und wirkungslos zu betrachten und ein Klagrecht zu erzeugen nicht im Stande seien. Das Stadtgericht hatte diese Einrede zum Beweise verstellt, indem es in diesem Falle nicht darauf ankomme, ob der Wohnort des Klägers als der eigentliche Ort des Contracts anzusehen sei oder nicht.)

Wenn die — — auf diese Einrede bezügliche Beschwerde des Klägers in den Entscheidungsgründen zu dem Erkenntnisse zweiter Instanz dadurch hat beseitigt werden sollen, daß die bloße Nachlassung jenes Beweises dem Kläger keine Veranlassung zu einer Beschwerde gebe, weil vom Stadtgerichte noch nicht darüber erkannt sei, welche Folgen die Führung des fraglichen Beweises haben werde, so würde

1. selbst wenn Letzteres richtig wäre, dies doch nicht zutreffend sein, da dem Richter die Nachlassung eines rechtlich unerheblichen Beweises untersagt ist

J. R. A. § 50.

und die Gegenparthei wegen der Verzögerung der definitiven Entscheidung der Sache ein Interesse hat, sich über eine Nichtbefolgung dieser gesetzlichen Vorschrift zu beschweren.

2. Es ist aber auch offenbar, die Absicht des Stadtgerichts bei der Nachlassung jenes Beweises gewesen und würde daher, wenn es bei der letzteren verbliebe, nach den jetzt angenommenen Grundsätzen über die Rechtskraft der Beweiserkenntnisse als res judicata gegen den Kläger feststehen, daß im Falle der Führung

des gedachten Beweises die Klage abzuweisen sei, da sich nach der Beschaffenheit der fraglichen Einrede kein anderer Zweck bei der Nachlassung desselben denken läßt, auch die Einrede gerade zu diesem Zwecke vorgebracht und aus diesem Gesichtspuncte darüber umständlich verhandelt war. Die Stelle in den Entscheidungsgründen des Stadtgerichts, daß es nicht darauf ankomme, ob der Wohnort des Klägers als der eigentliche Contractsort zu betrachten sei, hat augenscheinlich nicht den Sinn, daß das Stadtgericht sich noch die künftige Entscheidung über die Frage, ob der Wohnort des Klägers der Contractsort sei, hätte vorbehalten und hiervon das Erkenntniß über die Erheblichkeit der Einrede abhängig machen wollen, sondern den Sinn, daß jene Frage irrelevant und ohne Rücksicht darauf die Gültigkeit des Geschäfts nach den am Wohnorte des Klägers geltenden Gesetzen zu beurtheilen sei.

250. Der Grundsatz locus regit actum 1. hinsichtlich des materiellen Inhalts der Verträge; 2. hinsichtlich Schutzgesetze. Locus regit actum. Abschluß des Vertrags.

Wenn in dem hier vorliegenden Falle die Gültigkeit des Geschäfts nach den am Wohnorte des Klägers geltenden Gesetzen beurtheilt werden sollte, so könnte dies nur vermöge einer Anwendung des Grundsatzes locus regit actum geschehen. Es ist jedoch

1. schon sehr bedenklich, ob in dem Falle, wenn ein Angehöriger des Staates, bei dessen Gerichten ein Rechtsstreit verhandelt wird, mit einem Ausländer an dem Wohnorte des Letzteren einen Vertrag abgeschlossen hat, welcher rücksichtlich seines materiellen Inhalts nach den dortigen Gesetzen nichtig, nach den einheimischen Gesetzen jener Gerichte hingegen gültig ist, dergleichen fremde Gesetze überhaupt anzuwenden seien. Denn der richtige Sinn des Grundsatzes locus regit actum ist in Beziehung auf das Materielle der Verträge nur der, daß es als die präsumtive Absicht der Contrahenten anzusehen ist, daß zur Ergänzung des Vertrags in Betreff solcher Puncte und Verhältnisse, worüber die Contrahenten selbst keine besonderen Bestimmungen gemacht

haben, die Gesetze des Orts, wo der Vertrag geschlossen wird, als Norm dienen sollen;

Wächter über die Collision 2c. im Civ. Arch. Bd. 24 und 25. § 20 und 28.

hieraus folgt nun aber, daß jener Grundsatz sich überall nur auf solche auswärtige Gesetze bezieht, welche den in Frage stehenden Vertrag als materiell gültig anerkennen und Bestimmungen über die dabei eintretenden gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten enthalten, hingegen nicht auf Gesetze, welche denselben für nichtig erklären, indem ja nicht die Rede davon sein kann, als sei es die präsumtive Absicht der Contrahenten gewesen, daß der Vertrag, welchen sie als ein reelles und zu vollziehendes Geschäft abgeschlossen haben, nichtig und wirkungslos sein solle.

2. Wollte man aber auch die Unanwendbarkeit solcher fremden verbietenden Gesetze nicht in dieser Allgemeinheit annehmen, so würde doch dieselbe hier nach der besonderen Beschaffenheit derjenigen Gesetze, von denen es sich jetzt handelt, eintreten. Insofern dies nämlich Gesetze sind, durch welche in England vor dem Jahre 1826, bis wohin dort einheimische Lotterien, namentlich eine Staatslotterie bestanden haben,

Bender Lotterierecht § 2.

das Spielen in auswärtigen Lotterien verboten ist, haben sie die Eigenschaft entweder von fiscalischen Gesetzen zur Begünstigung der Englischen Staatslotterie oder von Schutzgesetzen gegen ausauswärtige Concurrenz, bei welchen Arten von Gesetzen deren Unanwendbarkeit in den auswärtigen Staaten, gegen die sie gerichtet sind, keinen Zweifel leidet; und zu dieser Classe gehören alle diejenigen Parlementsacten, auf welche sich der Beklagte bis jetzt berufen hat. Sollte es indessen auch neuere Englische Gesetze dieses Inhalts geben, so würden dieselben gleichfalls von den Frankfurter Gerichten nicht anzuwenden sein, da die Frankfurter Lotterie ein finanzielles Staatsinstitut und zugleich wesentlich auf einen möglichst großen Absatz der Loose im Auslande berechnet ist, mithin dergleichen fremde Gesetze doch immer den Frankfurter Staat benachtheiligen und seine Zwecke beeinträchtigen, und daher nicht angenommen werden kann, daß der Frankfurter Gesetzgeber die

dortigen Gerichte zu der Anwendung jener Gesetze habe ermächtigen wollen.

3. Wäre endlich auch der Grundsatz **locus regit actum** auf Gesetze von der gedachten Art anwendbar, so ist doch nicht der Wohnort des Klägers, sondern Frankfurt als der Ort anzusehen, an welchem der Vertrag abgeschlossen ist, worauf es bei jenem Grundsatze ankommt; denn der Spielvertrag über zwei Loose in **genere** ist in Frankfurt durch die Bestellung derselben, nachdem der Beklagte vorher den Kläger in seinem Briefe vom Mai 1845 zu einer solchen Bestellung aufgefordert hatte, abgeschlossen und was nun noch weiter am Wohnorte des Klägers geschehen mußte, nämlich die Wahl von zwei Loosen aus den dem Kläger überschickten fünf Loosen, gehört nicht eigentlich zu dem Abschlusse des Vertrags, sondern ist nur die Bestimmung der als **species** zu designirenden Loose.

251. Berufung auf fremde verbietende Gesetze. Replica doli.

Zu dem in der vorigen Nummer Vorgetragenen kommt aber noch ferner, daß die fragliche Einrede des Beklagten, selbst wenn sie an sich begründet wäre, durch die **replica doli** elidirt wird. Dies kann in dem Falle keinen Zweifel leiden, wenn der Beklagte die Englischen Gesetze, welche nach seiner Behauptung den Spielvertrag für nichtig erklären und auf die er sich jetzt beruft, schon zu der Zeit gekannt hat, als er den Kläger zur Bestellung von Loosen aufforderte, die Bezahlung für die bestellten zwei Loose empfing und dem Kläger 5 ½ für alle Classen indossirte zusandte;

Fr. S. Laubinger c. Schnabel 1835.

und daß dies sich wirklich so verhält, kann mit Sicherheit angenommen werden, da der Beklagte nach seinen eigenen Angaben in England so ausgedehnte Lotteriegeschäfte betreibt, daß er dafür besondere lithographirte Offertebriefe und gedruckte Subscriptionsformulare in englischer Sprache hat anfertigen lassen, und da die hier in Frage stehenden Gesetze durch den seit 1843 verhandelten Proceß in Sachen Ashbarry c. Beer in Frankfurt bekannt geworden waren. Sollte dem aber auch nicht so sein, so würde doch die **replica doli** auch schon dadurch begründet werden, daß

der Beklagte sich jetzt auf jene fremden Gesetze beruft, um dem Kläger die Auszahlung des Gewinnes zu verweigern, welcher auf ein vom Kläger bei dem Beklagten auf dessen Aufforderung bestelltes und bezahltes Loos gefallen ist.

CIV.

Valentine Browne Lord Baron Cloncurry zu Maretimo, Kläger

contra

Jacob Georg Christ. Ueberfeld dahier, Beklagten.

Der Kläger trug unter Anführung mehrerer Gründe bei dem Stadtgerichte darauf an, daß der auf das Loos Nr. 8947 gefallene Gewinn bis zu dem Ende der Hauptsache unter Sequestration gestellt würde. Diesem Antrage wurde nicht entsprochen vom

Stadtgerichte am 15. April 1845,

Spruchcollegium zu Erlangen (auf Antrag des Beklagten) am 26. October 1846,

Oberappellationsgerichte am 11. December 1848.

252. Sequestration einer Geldsumme.

Die in den vorigen Instanzen erkannte Verwerfung des von dem Kläger gestellten Antrags auf Sequestration des von ihm in Anspruch genommenen Lotteriegewinnes mußte lediglich bestätigt werden, da es hier selbst schon an den gewöhnlichen Erfordernissen eines jeden derartigen Antrages, sowie solche namentlich in

Ref. I. tit. 13 § 1 u. 2

vorgeschrieben sind, vollends aber an den Erfordernissen eines Antrages auf die Sequestration einer Geldsumme, deren Bezahlung mit einer Contractsklage gefordert wird, gänzlich fehlt, in welchem letzteren — in dem gegenwärtigen Processe vorliegenden — Falle eine Sequestration eigentlich völlig verboten ist,

L. un. C. de prohib. sequest. pec. (4, 4)

und daher nur etwa aus ganz außerordentlichen, besonders dringenden Gründen gestattet werden kann.

Alles nämlich, was der Kläger zur Begründung des gedachten Antrages vorgebracht hat, reducirt sich auf Folgendes:

1. es zeige sich aus den Acten des jetzigen Processes ein Bestreben des Beklagten, die Sache zu verschleifen, um den Kläger zu ermüden und zu einem Vergleiche zu nöthigen;

2. — — — —.

Nun aber ist

1. die erste Behauptung ungegründet, indem aus den Acten keineswegs ersichtlich ist, daß der Beklagte den jetzigen Proceß mit einem Bestreben des Verschleifs und auf eine chicanöse Art führe, was übrigens auch kein selbstständiger rechtlicher Grund für eine Sequestration sein würde;

2. das zweite Factum ist theils vom Beklagten geleugnet und völlig unbescheinigt, theils unerheblich. — — —

Zu diesem Mangel an genügenden Gründen für einen Sequestrationsantrag kommt denn auch noch ferner die völlige Illiquität des Anspruches des Klägers. Denn nach dem jetzt in der Hauptsache ergangenen Erkenntnisse steht ihm ein solcher Anspruch nur dann zu, wenn er das Loos Nr. 8947 zu einer Zeit, wo ihm von dem darauf gefallenen Gewinne auf dem gewöhnlichen Wege noch keine Nachricht hat zugekommen sein können, durch eine bestimmte Erklärung gewählt hat; und dafür ist bis jetzt noch gar kein irgend erheblicher Beweis beigebracht.

CV.

Johann Balthasar Schneider dahier, Kläger

contra

J. P. Meyer dahier, Beklagten.

Gegen die jetzige Ehefrau des J. P. Meyer war, als dieselbe noch Braut war, von J. B. Schneider eine Klage auf Errich-

tung einer Hypothek angestellt worden; die Beklagte wurde auch rechtskräftig verurtheilt, den fraglichen Insatz zu bestellen. Der nunmehrige Ehemann verweigerte jedoch den Consens zur Errichtung der Hypothek. J. B. Schneider stellte daher eine Klage gegen J. P. Meyer auf Ertheilung dieses Consenses an. Unter Verurtheilung in die Kosten wurde Beklagter vom Stadtgerichte am 24. Mai 1848 für schuldig erkannt, bei Vermeidung, daß ihm zu diesem Behufe ein Vertreter von Amtswegen auf seine Kosten bestellt werde, seine Einwilligung zu der fraglichen Insatzbestellung zu ertheilen. Unter Verurtheilung des Beklagten in die Kosten wurde dieses Urtheil bestätigt vom

Appellationsgerichte am 9. August 1848,
Oberappellationsgerichte am 18. December 1848.

253. Einbringen der Verpflichtung der Währschaft oder der Insatzbestellung in die Ehe von Seiten der Ehefrau. Einwilligung des Ehemannes.

Die Vorschrift der Ref. III. tit. 6, § 4 u. 5, nach welcher ein Ehetheil sein einig liegend Gut ohne Verwilligung des anderen zu verkaufen oder zu verpfänden nicht Macht haben soll, bezieht sich nach der Ueberschrift des Titels nur auf während der Ehe erworbenes Sondergut, und wenn es auch keinem Zweifel unterliegt, daß die Frau auch zur freiwilligen Veräußerung oder Verpfändung ihres zum Zwecke des gemeinsamen Fruchtgenusses in die Ehe gebrachten Gutes während derselben der Zustimmung ihres Ehemannes bedarf, so ist doch das nach der angezogenen Stelle der Reformation begründete Recht der Letzteren, nach freiem Ermessen aus Zweckmäßigkeitsgründen die Errichtung einer Währschaft oder eines Insatzes zu weigern, da ausgeschlossen, wo die Ehefrau die Verpflichtung zur Errichtung der Währschaft oder des Insatzes mit in die Ehe gebracht hat. Aus formellen Gründen freilich und soweit bei jeder Veräußerung des zum gemeinsamen Fruchtgenusse bestimmten liegenden Gutes dem Ehemanne Gelegenheit zur Wahrung seines Interesses wegen des ehelichen Erwerbes gegeben werden muß, ist dessen Zustimmung auch zu einem Insatze einzuholen, welchen seine Frau zur Erfüllung einer vor der Ehe einge-

gangenen Verpflichtung an bestimmten ihr gehörigen Grundstücken zu errichten hat. Allein der Ehemann kann in diesem Falle seine Zustimmung nicht verweigern, da es keinem Zweifel unterliegt, daß die von seiner Frau mit ihrem Vermögen in die Ehe gebrachten Schulden aus jenem bezahlt werden müssen, und hierunter durch das Rechtsverhältniß der ehelichen Errungenschaft nichts geändert wird, wie denn auch die Wortfassung jener Stelle der Reformation Fälle dieser Art nicht begreift. Die Verpflichtung zur Errichtung eines Insatzes an fünf bestimmten, ihr zur Hälfte gehörigen Grundstücken hat aber die Ehefrau des Beklagten mit letzteren in die Ehe gebracht, indem dieselbe sich auf die wegen Erfüllung dieser durch den Antritt der mütterlichen Erbschaft für sie entstandenen Verpflichtung gegen sie erhobene Klage schon vor Eingehung der Ehe mit dem Beklagten eingelassen hat und der allerdings erst nach Eingehung der Ehe erfolgte, sie verurtheilende rechtskräftige Bescheid vom 4. Juni 1847 nur ihre Verpflichtung, wie solche zur Zeit der Litiscontestation bestand, ausspricht.

Auf die verbindende Kraft dieses rechtskräftigen Judicats für die Ehefrau des Beklagten kann auch der Mangel der Theilnahme des Beklagten in den ihm zum Grunde liegenden Verhandlungen keinen Einfluß äußern, da es nach Frankfurter Rechte des Beitritts des Ehemannes zu den Processen nicht bedarf, welche seine Ehefrau über eigene Verbindlichkeiten führt. Wäre aber auch eine solche gerichtliche Vertretung seiner Frau vor Ertheilung des sie verurtheilenden Judicats zulässig oder erforderlich gewesen, so hätte der Beklagte zwar dahin wirken können, daß aus den Gründen, aus welchen er jetzt seinen Consens verweigert, eine Verurtheilung seiner Frau abgewendet oder dieselbe in der Appellations-Instanz wieder aufgehoben werde, der vorliegenden rechtskräftigen Verurtheilung seiner Frau gegenüber aber kann er jene Gründe nicht dazu benutzen, sich der Erfüllung einer Verpflichtung seiner Frau zu widersetzen, welche diese nach dem Inhalte des Judicats mit den fünf zu verpfändenden Grundstücken in die Ehe gebracht hat. Dazu kann er um so weniger für berechtigt gehalten werden, als es bei der Leichtigkeit, mit der sich aus den Währschaftsbüchern und Transscriptionsregistern Auskunft über die Eigenthumsver-

hältnisse jener Grundstücke verschafft werden konnte, seine Schuld ist, daß er, der in dem Güteversuchstermin für seine damalige Braut erschienen und also schon vor Eingehung der Ehe von dem Processe seiner Frau in Kenntniß gesetzt gewesen ist, für eine zeitige Vorschützung der aus jenen Eigenthumsverhältnissen für die Vertheidigung seiner Frau zu entnehmenden Gründe nicht gesorgt und solchergestalt selbst die Präclusion seiner Frau mit den deßfallsigen Einreden veranlaßt hat.

CVI.

Jacob Reinganum dahier, Kläger
contra
die Wittwe Esther Stiebel, geb. Schloß dahier, Beklagte.

In einer Rechtssache der Wittwe Esther Stiebel gegen Heinrich Reinganum schützte letzterer am 24. Februar 1846 die Einrede der Compensation wegen Gegenforderungen vor. Am 30. Juli cedirte Heinrich Reinganum die compensando geltend gemachten Forderungen dem Jacob Reinganum und dieser stellte Klage gegen die Wittwe Esther Stiebel an. Die Klage wurde unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten abgewiesen vom

Stadtgerichte am 8. Februar 1847,
Appellationsgerichte am 31. März 1847,
Oberappellationsgerichte am 21. December 1848.

254. Cession einer Forderung, die durch eine Einrede der Compensation zum Gegenstande eines Processes gemacht war.

Man kann hier die Frage, ob nicht schon das im römischen Rechte enthaltene Verbot der Cession einer actio in judicio deducta

L. 2 L. 4 C. de litigios. (8, 37)

auf die Cession von Forderungen anzuwenden sei, welche zwar nicht durch eine Klage, aber doch durch eine Einrede der Compensation zum Gegenstande der processualischen Verhandlung gemacht sind, dahingestellt lassen, denn die Ungültigkeit der vorliegenden Cession folgt jedenfalls aus dem in dem canonischen Rechte

tit. decretal., libri sext. et Clem. ut lite pend.

und in der Frankfurter Ref. I. tit. 25

ausgesprochenen Grundsatze: ut lite pendente nihil innovetur. Unter dieses allgemeine Verbot, welches nicht auf die speciellen, sehr verschiedenartigen Fälle beschränkt werden kann, auf die in den päpstlichen Decretalen zufällig eine Anwendung desselben gemacht wird, fällt allerdings auch die Cession einer Forderung, worüber ein Proceß anhängig ist, da sich eine solche Cession als eine innovatio in dem Sinne jenes Verbots, d. h. als eine dem Gegner nachtheilige, unmittelbar den Gegenstand des Rechtsstreits betreffende Veränderung des status quo verhält, indem dadurch dem Schuldner ein anderer Gläubiger und ein neuer mit einem anderen Gegner zu führender Proceß aufgedrungen wird; namentlich muß dies, wenn es auch vielleicht nach canonischem Rechte zweifelhaft sein sollte, nach dem Inhalte des angeführten Titels der Frankfurter Reformation angenommen werden, indem hier im § 2 das gedachte Verbot ausdrücklich auch auf den Kläger angewandt ist und diesem neben dem thätlichen Zugriffe auch alle Neuerungen, also rechtliche Veränderungen und daher denn Cessionen von klagbar gemachten Forderungen untersagt sind, wie sich dies aus dem vorhergehenden, den Beklagten betreffenden § 1 ergibt, wo der Begriff der auch dort neben den thätlichen Handlungen genannten anderen Neuerungen durch Veräußerungen, Verpfändungen und Beschwerungen erklärt wird. Geht nun dieses Verbot überhaupt auch auf die Cession von Forderungen, so kann es denn keinen Unterschied machen, ob die Forderung durch eine Klage oder durch eine Einrede der Compensation zum Gegenstande des Processes gemacht ist, da die Fassung des fraglichen Verbots — ut lite pendente nihil innovetur, daß in hangenden Rechten keine Neuerung soll fürgenommen werden — durchaus keine Veranlassung zu einem solchen Unterschiede gibt.

255. Cession litigiöser Forderungen.

Die Behauptung des Klägers, daß die gesetzlichen Verbote der Cession von Forderungen, über welche ein Rechtsstreit anhängig ist, nach dem heutigen Gerichtsgebrauche keine practische Gültigkeit mehr hätten, ist ungegründet,

Mühlenbruch Lehre von der Cession § 31 u. die das. cit. Schriftsteller

wie dies auch schon vom Oberappellationsgerichte wiederholt, namentlich in Beziehung auf Frankfurt erkannt worden.

Fr. S. Schnapper curat. bon. c. Adler u. Cp. 1845.

256. Das Verbot, ut lite pendente nihil innovetur, beginnt mit der Insinuation der Klage.

Der Einwand des Klägers endlich, daß die Cession geschehen sei, ehe die Beklagte in dem anderen Processe ihre Replik auf die Exceptionsschrift des Heinrich Reinganum in der Widerklage wirklich eingereicht habe, nun aber das im römischen Rechte enthaltene Verbot der Cession litigiöser Forderungen erst mit der Litiscontestation eintrete, und wenn man dasselbe auf excipiendo geltend gemachte Forderungen anwenden wolle, dann die Verhandlung der Replik das Analogon der Litiscontestation sei, fällt von selbst weg, sobald die Ungültigkeit der Cession auf das Verbot ut lite pendente nihil innovetur gegründet wird, indem dieses nach der ausdrücklichen Vorschrift der

Clem. 2 ut lite pend. (2, 5)

schon von dem Zeitpuncte an gilt, wo dem Gegner das richterliche Decret, durch welches ihm die Vernehmlassung aufgegeben wird, insinuirt ist und nicht die Rede davon sein kann, daß diese Bestimmung des gemeinen Rechts durch die in der Reformation gebrauchten Worte „in hangenden Rechten" hätte abgeändert werden sollen.

cf. Ref. I. tit. 22 § 5.

Entscheidungen

des

Oberappellationsgerichtes

im

Jahr 1845.

CVII.

Johannes Münch Ehefrau, Catharina, geb. Schneider zu Aschaffenburg, Klägerin

contra

Francisca Marie de l'Isle, geb. Hartfus zu Paris und den Curator des Nachlasses von weiland Conrad Ludwig Hartfus dahier, Beklagte.

Das Stadtgericht erkannte am 31. Januar 1842, daß die Beklagten schuldig erkannt seien, fl. — ꝛc. zu bezahlen, sie würden denn — — rechtsgenügend beweisen, daß und inwieweit Conrad Hartfus die Alimente mit monatlich fl. 6. bezahlt, respectiv daß und wie lange er seine außereheliche Tochter Louise bei sich verpflegt habe oder bei Dritten habe verpflegen lassen. Dieser Beweis wurde durch Eidesdelation angetreten. Die Klägerin nahm diesen Eid an, aber in einer anderen Fassung, als die Beklagten vorgeschlagen hatten. Das Stadtgericht normirte am 11 Januar 1843 die Worte des Eides. Die Beklagten appellirten und brachten in zweiter Instanz als neue Beweismittel zwei Urkunden und die Benennung von zwei Zeugen vor. Das Appellationsgericht verwarf am 27. Februar 1843 die Appellation. Auf Oberappellation der Beklagten verlangte das Oberappellationsgericht am 3. Juli 1843 eine Erklärung der Beklagten darüber, ob ihre Absicht dahin gerichtet sei, auf die Eideszuschiebung, soweit sie die durch die neu vorgebrachten Beweismittel zu beweisenden Thatsachen betrifft, Verzicht zu leisten und diese durch die vorgeschlagenen anderen Beweismittel darzuthun oder ob sie bei der Eideszuschiebung auch hierüber verharren und die in zweiter Instanz vorgeschlagenen Beweismittel aufgeben wollten. Die Beklagten erklärten principaliter, daß ihre Absicht nicht dahin gegangen wäre, auf den zugeschobenen Eid zu

verzichten, sondern nur der Eideszuschiebung eine subsidiäre und eventuelle Stellung einzuräumen, eventualiter erklärten sie sich jedoch für die erste Alternative. Das Oberappellationsgericht änderte am 13. Januar 1845 unter Kostencompensation das zweitinstanzliche Urtheil dahin ab, daß die Beklagten unter Beiseitesetzung der Eidesdelation, soweit sie die durch die neu vorgebrachten Beweismittel zu beweisenden Thatsachen betrifft, mit der weiteren Ausführung des von ihnen in zweiter Instanz angebotenen Zeugen- und Urkunden-Beweises zu admittiren seien.

257. Zurücknahme des deferirten Eides nach erfolgter Acceptation und nachdem auf dessen Ableistung erkannt war.

— — Die Beklagten bestreiten die Anwendbarkeit der L. 11 C. de reb. cred. et jurejur. (4, 1) auf den vorliegenden Fall. — — Dieser Einwand mußte aber verworfen werden, indem die L. 11 cit. ganz allgemein vorschreibt, daß Niemandem, der ursprünglich die Eidesdelation zur Hand genommen, darauf aber seinen Beweis durch andere Mittel zu führen versucht hat, gestattet sein solle, wenn diese nicht ausreichen, zur Eidesdelation zurückzukehren. Die Appellanten können daher dieses gesetzlich versagte Recht auch nicht dadurch erlangen, daß sie sich dasselbe vorzubehalten versucht haben, da, wenn man einen solchen Vorbehalt zulassen wollte, die L. 11 ihre Bedeutung ganz verlieren würde. Wenn die Appellanten aber noch für sich anführen, daß die eventuelle Cumulation der Eidesdelation mit anderen Beweismitteln doch dann gestattet werde, wenn der Beweisführer sich der ersteren innerhalb der für die Beweisantretung gesetzten Frist mitbedient oder sich auch nur ausdrücklich das Recht der freien Eideshand vorbehalten hat, so kann hierauf einer so bestimmten gesetzlichen Vorschrift gegenüber, wie die L. 11 cit. ist, theils an sich schon kein Gewicht gelegt werden, theils hat es auch überall nichts Auffallendes, daß das Nachholen einer processualischen Handlung zwar gestattet, ihr aber doch nicht ganz gleicher Effect eingeräumt wird, wie wenn dieselbe gleich rechtzeitig vorgenommen wäre.

Ebenso wenig konnte, um diesen Theil des appellatischen

Vorbringens hier gleich mit zu erörtern, der Appellatin beigepflichtet werden, wenn dieselbe meint

1) die L. 11 cit. sei hier nicht anwendbar, weil der deferirte Eid von ihr schon acceptirt gewesen, die Acceptation eines deferirten Eides aber der Streitbeendigung vollkommen gleichzuachten sei; denn die L. 11. räumt der Annahme des Eides überall keinen Einfluß auf das Recht zur Zurücknahme desselben ein

Vgl. Rechtsgutachten des Spruchcoll. zu Heidelberg Bd. I. p. 349.

und ebensowenig kann auch der Umstand der Anwendbarkeit der Bestimmungen der L. 11 entgegentreten, daß schon auf Ableistung des Eides erkannt worden, denn selbst, wenn ein solches die Formel des Eides bestimmendes Decret, wie das am 11. Januar 1843 vom Stadtgericht abgegebene, in welchem aber das eventuelle definitive Erkenntniß noch gar nicht enthalten ist, als eine sententia definitiva im Sinne der L. 11 betrachtet werden könnte, so würde durch dasselbe die neuen Beweismittel doch nie ausgeschlossen sein, weil dieses Decret durch Rechtsmittel, über welche noch nicht rechtskräftig entschieden ist, angefochten worden, das angeführte Gesetz diese Folge des Ausschlusses aber nur bei einer sententia definitiva, quae provocatione suspensa non sit, eintreten läßt. — Ebenso unbegründet ist

2) der fernere Einwand der Appellatin, daß das canonische Recht die L. 11 cit. in der

Clem. 5 de appellat. (2, 12)

aufgehoben habe; denn die Clem. 5 bezieht sich nur auf solche Fälle, wo gegen, der Rechtskraft nicht fähige Zwischenbescheiden oder außerprocessualische richterliche Auflagen Rechtsmittel ergriffen waren,

Vgl. Heffter System des Civilpr. 2. Ausg. § 459 und 460 und daselbst nt. 155. 158. 167.

so daß die Bestimmungen dieses Gesetzes hier überall keine Anwendung leiden.

258. Beneficium novorum. Ablauf der Beweisfrist.

Die zweite Beschwerde der Appellantin über die Verwerfung der in voriger Instanz beigebrachten Urkunden und vorgeschlagenen Zeugen mußte für begründet erachtet werden, denn was

a. die Relevanz dieser Beweismittel betrifft, so läßt sich dieselbe zwar für jetzt nicht vollständig beurtheilen, da für die beiden Zeugen keine Beweisartikel beigebracht sind; indessen kann dies der vorläufigen Admission dieser Beweismittel nicht entgegenstehen, indem die Appellanten doch im Allgemeinen behauptet haben, daß die Aussagen dieser Zeugen zur gänzlichen Beseitigung der klägerischen Ansprüchen führen würden, und es wenigstens sehr wohl denkbar ist, daß die Aussagen der Zeugen gerade über den Punct einen hinreichenden Beweis liefern werden, über welchen die beiden Anlagen nichts enthalten. — —

b. Ebensowenig konnte es Bedenken haben, die in der zweiten Instanz beigebrachten Nova für formell zulässig zu erklären, da nach den vom Oberappellationsgerichte, namentlich in Frankfurter Sachen befolgten Grundsätzen das beneficium novorum der Appellationsinstanz gerade die Wirkung hat, daß der Ablauf der für die erste Instanz präfigirten Beweisfrist nicht entgegensteht und daß neue Beweismittel in appellatorio noch zulässig sind, ohne daß es einer restitutio wider den Ablauf der Beweisfrist bedarf. Auch kann

c. die Verwerfung dieser nova nicht etwa deßhalb stattfinden, weil sich die Appellanten nicht in voriger Instanz zu dem im J. R. A. § 73 vorgeschriebenen Eide sofort bei Einführung der Appellation, wie es dort vorgeschrieben ist, erboten haben; denn theils würde, selbst wenn diese Vorschrift des gemeinen Rechts in Frankfurt in zweiter Instanz zur Anwendung käme, diese Unterlassung noch nicht den Verlust des beneficii novorum zur Folge haben, da sich die Appellanten doch in jetziger Instanz zur Ableistung des Eides bereit erklärt haben, theils ist auch in Frankfurt durch den § 10 der Provocationsordnung von 1788 dem richterlichen Ermessen anheimgestellt, ob dem Revidenten oder seinem Sachführer ein juramentum calumniae aufgelegt werden oder die Zulassung

mit den novis ohne Weiteres erfolgen soll, wohingegen die im § 15 daselbst enthaltene Vorschrift über die Nothwendigkeit der Erbietung zum Eide auf den vorliegenden Fall gar keine Anwendung finden kann, weil dieser Paragraph sich nur auf die restitutio contra rem judicatam ex capite novorum bezieht. Da nun im vorliegenden Falle durchaus kein Grund zum Verdachte obwaltet, daß die Appellanten mit ihrem neuen Vorbringen geflissentlich bis zur zweiten Instanz zurückgehalten hätten, so schien es angemessen, die Zulassung der nova auszusprechen, ohne dieselbe von einem vorgängig abzuleistenden Eide abhängig zu machen.

Was nun die nähere Bestimmung des Erkenntnisses betrifft, so mußte freilich die Admission mit den neuen Beweismitteln im Allgemeinen hier ausgesprochen werden, weil die Entscheidung über die Zulässigkeit der beigebrachten nova überhaupt dem judex ad quem gebührt.

L. 6 pr. C. de appellat. (7, 62)

cf. § 132 der Oberappellationsgerichts-Ordnung.

Dagegen mußte die weitere Ausführung des angebotenen Beweises und das künftige Erkenntniß über dessen Resultat, zufolge art. 33 der prov. Proceßordnung, an die erste Instanz zurück verwiesen werden, welcher in dem vorliegenden Falle auch die Entscheidung über die Tauglichkeit der beiden Zeugen und die Erheblichkeit der Beweismittel zu überlassen war, weil über erstere die Klägerin noch nicht gehört ist und die letzteren überall noch nicht beigebracht sind.

259. Kostencompensation.

Die Kosten dieser Instanz waren zu compensiren, weil, wenngleich die Appellanten dadurch, daß sie mit ihren Beweismitteln so spät hervorgetreten sind, die erste Veranlassung zu einem vermehrten Kostenaufwande gegeben haben, sich doch die Appellatin durch ihre unbegründeten Einwendungen das Recht, Ersatz der Kosten dieser Instanz zu verlangen, verlustig gemacht hat.

CVIII.

Die Erben des Abraham Bernhard Schlesinger und Ehefrau Gutta, geb. Emden, Imploranten.

Die Wittwe Schlesinger verordnete in ihrem Testamente, daß das, was nach dem Abzuge einer Schuld ihrer Tochter und dessen Ehemann Lemberg von fl. — von dem Erbtheile der Tochter aus dem väterlichen und mütterlichen Vermögen übrig bleibe, nicht an diese Tochter ausgekehrt, sondern für sie, eventualiter für deren Sohn Joseph Lemberg, sofern dieser dermaleinst seine Eltern überleben sollte, zinsbar belegt und solchergestalt ihm conservirt werden solle. Die sämmtlichen Kinder der Wittwe Schlesinger behaupteten, diese Bestimmung des Testaments sei später factisch dadurch aufgehoben worden, daß die genannte Mutter ihrer Tochter Jette Lemberg Gelddarlehen unter der Bedingung dereinstiger Collation gemacht habe, welche Darlehen die zu erhaltende Erbrate noch überstiegen, und baten um Immission in den Nachlaß. Das Stadtgericht verfügte am 22. Mai 1844, daß, da die von der Erblasserin im § 6 des Testaments verordnete Administration das Interesse des Raphael Lemberg'schen Sohnes Joseph wesentlich berührt, so haben die Raphael Lemberg'schen Eheleute entweder nachzuweisen, daß ihr genannter Sohn großjährig und mit der von ihnen abgegebenen Erklärung einverstanden sei, oder im Falle der Minderjährigkeit dieses Sohnes, daß dessen obervormundschaftliche Behörde die von ihnen dahier abgegebene Erklärung genehmige.

Auf Appellation der Kinder der Wittwe Schlesinger wurde diese Verfügung bestätigt vom

Appellationsgerichte am 8. Juli 1844,
Oberappellationsgerichte am 20. Januar 1845.

260. Aufhebung eines letzten Willens durch Handlungen des Erblassers.

— Da der Anspruch des Lemberg'schen Sohnes auf das Fideicommiß aus dem Testamente klar hervorgeht und der Richter,

bei welchem um die Immission nachgesucht wird, nicht bloß das Recht, sondern auch die Verpflichtung hat, dafür zu sorgen, daß dieselbe nicht zum Nachtheile dritter Personen gewährt werde, so stellt sich die erwähnte Verfügung als den Verhältnissen völlig angemessen dar. Wenn sich die Imploranten dagegen darauf berufen, daß durch eigene, der Testaments-Errichtung nachgefolgte Handlungen der Testirerin die Disposition derselben unausführbar geworden sei, indem der zu belegende Ueberrest der Erbgelder durch spätere, unter der Bedingung der Aufrechnung auf dieselbe gegebene Darlehn erschöpft, also nichts mehr vorhanden sei, was belegt werden könne, so würde dies, den Beweis der späteren Darlehn und daß sie unter der Bedingung der künftigen Aufrechnung auf den Erbtheil gegeben seien, vorausgesetzt, allerdings von Erheblichkeit sein. Allein beides ist zur Zeit noch unerwiesen, und läßt sich namentlich daraus, daß das Testament die Anrechnung der früheren Vorschüsse auf den Erbtheil angeordnet hat, nicht ohne Weiteres schließen, daß ein Gleiches auch bei späteren Vorschüssen in der Absicht der Testirerin gelegen haben müsse, nachdem einmal der Rest des Erbtheils mit dem Feideicommisse zu Gunsten des Enkels der Testirerin, Joseph Lemberg, belegt worden war.

261. Bestellung eines Fideicommisses von Seiten des überlebenden Ehegatten.

Die Imploranten vermeinen ferner, sich der Restitution der erwähnten Darlehn entziehen zu können, weil — — — die ganze Disposition null und nichtig sei, da sie nicht den Erbtheil der Jette Lemberg aus dem mütterlichen Vermögen, über welchen die Testirerin allein habe disponiren können, sondern einen Theil des derselben schon bei dem Tode ihres Vaters eigenthümlich angefallenen väterlichen Erbtheils, an welchem die Testirerin nur den lebenslänglichen Nießbrauch gehabt hat, mit dem Fideicommisse belegt habe. — — Dies ist aber durchaus nicht erfindlich.

Zuvörderst nämlich beruht schon die Voraussetzung, daß nicht ein Theil desjenigen, was der Jette Lemberg durch das mütterliche Testament zugewendet worden, sondern ein Theil ihres väterlichen Erbtheils mit dem Fideicommisse onerirt worden sei,

auf einem Irrthum. Das Testament sagt darüber nichts, sondern verordnet nur, daß der schuldige Betrag an dem väterlichen und mütterlichen Vermögen der Tochter solle abgezogen werden und das, was nach diesem Abzuge an den Erbtheilen noch übrig bleibe, mit dem Fideicommisse solle belegt werden. Es läßt es mithin unbestimmt, worauf das Fideicommiß ruhen solle. Nun hing es aber, da die Erblasserin, die die Vorschüsse direct leistete oder auch ihren Schwiegersohn Werner leisten ließ, auch den väterlichen Erbtheil ihrer Tochter Jette Lemberg in Händen und im Nießbrauch hatte, lediglich von ihr ab, worauf sie die Zahlung leisten oder die Vorschüsse anrechnen wollte, und da sie sich darüber nicht erklärt hat, so kommen analogisch die Grundsätze zur Anwendung, nach welchen im Zweifel zu bestimmen ist, auf welche von mehreren Schulden eine Zahlung als geleistet angesehen werden soll. Diese führen aber dahin, die Vorschüsse zunächst auf den väterlichen Erbtheil anzurechnen, denn dieser war der Tochter bereits verfallen und nur noch im Besitze und Nießbrauche der Mutter, während sie auf das Vermögen der Letzteren erst blos eine Hoffnung hatte; beide verhielten sich also wie ein **debitum in diem** zu einem **debitum sub conditione**, auf welches letztere, als das minder lästige, im Zweifel nicht abgerechnet wird. Uebrigens aber ist auch diese Interpretation vortheilhafter für die Mutter, weil sie dadurch in der Verfügung über ihr Vermögen freie Hand behielt, und daher als ihrer muthmaßlichen Absicht entsprechend vorzuziehen.

Wollte man übrigens auch den väterlichen Erbtheil als mit dem Fideicommisse belastet ansehen, so würde das doch zu keinem anderen Resultate führen; denn es ist bekanntlich nicht unerlaubt, auch das eigene Vermögen des Erben zum Gegenstande eines Fideicommisses zu machen, wenn nur der Erbe zugleich durch den Erblasser verhältnißmäßig honorirt worden ist. Dies ist aber hier allerdings geschehen. — — —

262. Freiwillige Gerichtsbarkeit. Obliegenheit des Richters.

Endlich haben die Imploranten auch noch ein Hauptargument daher entnommen, daß in **causis jurisdictionis volun-**

tarius der Richter nicht ex officio einschreiten dürfe, sondern sich darauf zu beschränken habe, den Anträgen der Partheien nachzukommen, zumal wenn diese insgesammt dispositionsfähig seien und sich daher ihrer Rechte füglich begeben könnten. Allein es hat das Stadtgericht im vorliegenden Falle sich gar nicht ex oficio in die Erbschaftsangelegenheit gemischt, sondern den angefochtenen Bescheid in Folge des Antrages der Imploranten auf Immission in den Nachlaß abgegeben. Wenn nun aber der Richter, zumal in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, zur Vornahme einer bestimmten Handlung aufgefordert wird, so hat er nicht allein die Rechtmäßigkeit dieser Handlung an sich, sondern auch zu prüfen, ob nicht die Rechte dritter Personen dadurch beeinträchtigt werden. So schreibt namentlich

Ref. VI. tit. 2 § 2. 3.

vor, daß im Falle eines Immissionsgesuches dieselbe nicht eher ertheilt werden solle, als bis zuvor zum Besten Anderer, die sich eine Erbgerechtigkeit anmaßen würden, ferner der Legatarien und der Gläubiger, eine promissorische und nach Umständen fidejussorische Caution geleistet worden sei, denselben zu Recht zu stehen; daher ist es denn vollkommen in der Ordnung, daß, wenn in einem Testamente ein Fideicommiß angeordnet und eine Administration bestellt worden ist, die Testamentserben aber gleich bei der Immission erklären, daß sie das Fideicommiß als aufgehoben betrachteten und die Administration nicht eintreten lassen würden, vielmehr unbedingte Immission in den Nachlaß verlangten, das Stadtgericht diesem Antrage nicht ohne Weiteres deferirt, sondern vor allen Dingen auf die Wahrung der Rechte des Fideicommissars Bedacht nimmt, wozu im vorliegenden Falle noch der besondere Grund hinzukommt, daß derselbe aller Wahrscheinlichkeit nach noch minderjährig ist. — — — Von den Rechten der Imploranten ist gar nicht die Rede, sondern von dem Rechte des Joseph Lemberg, der, wie gesagt, wahrscheinlich noch minderjährig, jedenfalls aber abwesend und unvertreten ist, und daher auf den Schutz seiner Gerechtsamen besonderen Anspruch hat.

CIX.

Henriette Catharina Amalie Fritz, geb. Lenz, Implorantin

contra

die Debitmasse ihres Ehemannes Friedrich Fritz, Imploratin.

Das Stadtgericht ließ am 1. December 1841 dem Curator und Contradictor der Friedrich Fritz'schen Debitmasse die Beweise nach,

a. daß und welche von den im Liquidationstermine angemeldeten Schulden der Cridar zum Besten und Nutzen seiner Ehefrau, resp. der von derselben betriebenen Wirthschaft contrahirt habe,

b. daß das Grundstück Gew. 14 Nr. 29 und 30 aus des Gemeinschuldners eigenthümlichem Vermögen angeschafft worden sei.

Die Imploratin trat nur den letzteren Beweis an und zwar hauptsächlich durch die Vermuthungen, daß das Grundstück im Jahr 1836 circa das doppelte von dem darauf haftenden Insatzcapitale gekostet habe, während die Ehefrau nur eine unbedeutende Summe in die Ehe inferirt, der Ehemann dagegen im Jahr 1838 bedeutende Capitalien besessen habe; wo dieses Geld hingekommen, wisse derselbe ebenso wenig anzugeben, als die Ehefrau Auskunft darüber ertheilen könne, mit welchem Gelde sie die Anzahlungen gemacht habe.

Das Stadtgericht erkannte am 22. December 1843 auf den Erfüllungseid der Imploratin. Auf Appellation der Implorantin wurde dieses Urtheil vom Appellationsgerichte am 13. Mai 1844 bestätigt, während unter Aussetzung der Kosten erster Instanz und unter Compensation der Kosten zweiter und dritter Instanz das Oberappellationsgericht am 25. Januar

1845 dahin reformirte, daß der Curator und Contradictor hinsichtlich des Beweises, daß das in Frage stehende Grundstück aus des Gemeinschuldners eigenthümlichem Vermögen angeschafft worden, zum Erfüllungseide nicht zuzulassen sei, ihm indessen unbenommen bleibe, nicht nur von der eventuellen Eideszuschiebung, welche jedoch auf die Negative des Beweisthema's zu beschränken sei, insofern er Erfolg davon erwarte, Gebrauch zu machen, sondern auch die Ansprüche der Masse wegen Erstattung der aus dem Vermögen und für Rechnung des Gemeinschuldners in das fragliche Grundstück gemachten Verwendungen, insoweit er sich damit durchzukommen getrauen sollte, mittelst einer besonderen gegen die Implorantin anzustellenden Klage zu verfolgen.

263. Beweisinterlocut. Dessen Auslegung.

Bei der Beurtheilung der vorliegenden Appellation kommt es vor allen Dingen darauf an, den eigentlichen Sinn des in dem rechtskräftigen Stadtgerichts-Erkenntnisse vom 1. December 1841 dem Curator und Contradictor auferlegten Beweises, „daß das Grundstück, aus des Gemeinschuldners eigenthümlichem Vermögen angeschafft worden sei", festzustellen, ob nämlich dieser Beweis bloß darauf geht, daß der Kaufpreis beim ersten Ankaufe des Grundstücks aus den Mitteln des Gemeinschuldners bezahlt sei oder aber, ob ihm dadurch auch nachgelassen ist, zu beweisen, daß die späteren Verwendungen in dasselbe aus des Gemeinschuldners Vermögen bestritten worden seien.

Zwar würde, auch wenn dieses Letztere der Sinn wäre, die Führung des zweiten Beweises ohne die des ersten nicht die Folge haben können, der Implorantin das Eigenthum des fraglichen Grundstücks abzusprechen und dieses der Debitmasse ihres Ehemannes zuzuerkennen, indessen würde denn doch die Implorantin allerdings für schuldig erkannt werden müssen, den Betrag der aus ihres Ehemannes Vermögen in ihr Grundstück gemachten erweislichen Verwendungen der Debitmasse desselben zu vergüten. Allein es konnte nicht dafür gehalten werden, daß dieses der Sinn des Beweissatzes sei.

Hierfür daß der Beweis auch auf die späteren Verwendungen

gehe, läßt sich nämlich zwar geltend machen, daß Erkenntnisse und namentlich Beweis-Interlocute im Zweifel in dem Sinne verstanden werden sollen, wie sie dem Rechte und den vorangegangenen Verhandlungen der Partheien am meisten entsprechen. Denn erstens geht der Einwand des Curators gegen den Separationsantrag der Implorantin, welcher die fragliche Beweis-Auflage herbeigeführt hat, ganz vorzugsweise dahin, daß die Meliorationen des Grundstücks aus dem Vermögen des Gemeinschuldners herrührten; und zweitens würde das Beweisinterlocut, wenn es diesen Theil des Einwandes nicht berücksichtigt hätte, allerdings ein unvollständiges sein, weil die Frage, aus wessen Vermögen die Verwendungen in das Grundstück geflossen sind, nach dem Obigen von rechtlicher Bedeutung für die Sache ist.

Dagegen sprechen dafür, daß durch diese Beweisauflage dem Curator nur der Beweis hat nachgelassen werden sollen, daß der Ankauf des Grundstücks aus des Gemeinschuldners Vermögen geschehen sei, folgende entscheidende Gründe.

1. Es ist in dem Interlocute vom 1. December 1841 dem Curator und Contradictor außer dem jetzt in Frage stehenden Beweise noch ein anderer auferlegt worden, dahin, „daß und welche von dem im Liquidationstermine angemeldeten Schulden der Cridar zum Nutzen und Besten seiner Ehefrau, resp. der von derselben betriebenen Wirthschaft contrahirt habe", und daß dieser Beweis, den der Curator nicht angetreten hat, auch auf die für Verwendungen in das fragliche Grundstück contrahirten Schulden hat gehen sollen, ergeben die auf denselben sich beziehenden Entscheidungsgründe, worin der Erbauung und Herstellung der Wirthschaftslocalitäten namentlich gedacht ist, ganz unzweifelhaft. Nun kann es aber offenbar nicht die Absicht des Stadtgerichts gewesen sein, die Frage, aus wessen Vermögen die Verwendungen gemacht seien, zum Gegenstand des einen, wie des anderen Beweises zu machen. Zwar läßt sich dagegen einwenden, daß jener andere Beweis nur die noch unberichtigten und daher beim Concurse angemeldeten Forderungen betreffe, mithin es immer denkbar sei, daß die bereits vor dem Concurse bezahlten Verwendungen unter dem jetzt noch in Frage stehenden Beweissatze haben mitbe-

griffen werden sollen. Allein könnte hierüber noch ein Zweifel stattfinden, so würde er sich dadurch beseitigen, daß

2. in den auf diesen Beweissatz sich beziehenden Entscheidungsgründen des Interlocuts dieser Verwendungen gar nicht gedacht, vielmehr lediglich gesagt ist, daß das Grundstück, wenn es aus des Gemeinschuldners Vermögen sollte angeschafft sein, aus dem Grunde zur Masse zu ziehen sein würde, weil die Implorantin eine Schenkung oder Creditirung des Kaufpreises gar nicht behauptet habe, mithin hier der im Beweissatze vorkommende Ausdruck, das Grundstück sei aus des Gemeinschuldners Vermögen „angeschafft", vom Stadtgerichte selbst dahin interpretirt ist, daß darunter nur die Bezahlung des Kaufpreises zu verstehen sei; wie denn

3. dieser Ausdruck nur auf gezwungene Weise so gedeutet werden kann, als begreife er auch die Bestreitung der Kosten der auf dem erkauften Grundstücke hergestellten oder neu errichteten Gebäulichkeiten in sich.

264. Güterseparation. Vorbehalt, die in die Güter gemachten Verwendungen mittelst einer besonderen Klage zu verfolgen.

Sollte der Curator von dem eventuellen Beweismittel der Eideszuschiebung keinen Gebrauch machen wollen oder die Implorantin den ihr zugefallenen Eid ableisten, so wird dieselbe mit ihrem Separationsantrage, so viel das fragliche Grundstück betrifft, freilich zuzulassen sein. Da indessen nach den Acten sehr wahrscheinlich ist, daß die in dasselbe gemachten Verwendungen aus dem Vermögen des Gemeinschuldners bezahlt sind oder einem großen Theile der bei dem Concurse angemeldeten Forderungen zum Grunde liegen, so ist zur Vermeidung aller Zweifel dem Curator im Urtheile ferner noch vorbehalten worden, die Rechte der Masse wegen dieser Verwendungen mittelst einer besondern gegen die Implorantin anzustellenden Klage zu verfolgen.

Die Zulässigkeit einer solchen Klage kann nämlich, so viel diejenigen Verwendungen betrifft, welche der Ehemann der Implorantin vor Ausbruch seines Concurses bereits bezahlt gehabt hat, keinem Bedenken unterliegen, da diese keinen Gegenstand der

vom Curator aufgestellten Forderungen und der Beweisauflagen in dem gegenwärtigen Processe gebildet haben. Anders verhält es sich dagegen mit demjenigen, was an noch nicht bezahlten Baurechnungen in dem gegenwärtigen Concurse angemeldet ist, indem, wenn der Curator hierauf die neue Klage richtete, es dabei gerade auf den Beweis hinauskommen würde, den er in dem gegenwärtigen Processe hat fallen lassen. Denn ob eine solche Rückkehr zu einem in einem andern Processe bereits versäumten Beweise für zulässig erachtet werden könne, ist allerdings zweifelhaft, indem sich Argumente für und wider anführen lassen. Es hat aber über diesen Punct, in Ermangelung aller Verhandlungen der Partheien darüber, jetzt nicht entschieden werden können, daher es denn für angemessen hat erachtet werden müssen, den Vorbehalt der neuen Klage zwar auf beide obgedachte Classen von Ansprüchen zu erstrecken, aber diesem Vorbehalte, wie im Urtheile geschehen, eine Clausel beizufügen.

CX.

Stephan Schmauch zu Mainz, Kläger

contra

Joh. Gottlob Juncker u. Joh. Georg Hänßgen dahier, Beklagte.

Durch rechtskräftiges Interlocut vom 30. Mai 1842 wurde dem Kläger der Beweis auferlegt, daß ihm die Beklagten ihre Addresse unter der Firma Juncker und Hänßgen in Frankfurt aufgegeben hätten. Auf geführten Zeugenbeweis erkannte das Stadtgericht am 1. März 1843 auf den Erfüllungseid des Klägers und verurtheilte für den Fall der Ausschwörung desselben die Beklagten zur Zahlung von fl. 318. 40 kr. sammt 5% Zinsen und in die Proceßkosten. Für den Fall, daß der Eid nicht geleistet werde, wurden unter Kostencompensation die Beklagten zur Zahlung von fl. 255. 12 kr. sammt 5% Zinsen ver-

urtheilt. Auf Appellation der Beklagten änderte unter Kosten-compensation das Appellationsgericht am 4. August 1843 die Formel des Erfüllungseides und condemnirte für den Fall, daß der Erfüllungseid nicht geschworen werde, die Kläger in die Kosten erster Instanz, während das Oberappellationsgericht am 31. Januar 1845 die vorigen Urtheile aufhob, auf den deferirten und von den Beklagten angenommenen Schiedseid erkannte und für den Fall der Ableistung desselben die Beklagten zur Zahlung von fl. 251. 12 kr. sammt 5% Zinsen verurtheilte, auch die Kosten sämmtlicher drei Instanzen compensirte.

265. Schiedseid. Hinzufügung des eventuellen Urtheils.

Daraus, daß — wie der Zeuge aussagt — Juncker bei der Angabe seines Namens hinzusetzte, sein College heiße Hänßgen, konnte vernünftiger Weise nicht geschlossen werden, daß sie associirt seien und daß die Verbindung ihrer beiden Namen eine gangbare Addresse bilde, da niemand seinen Associe als seinen Collegen bezeichnen wird. — — — Wo gar nichts erwiesen ist, kann auch von einem Erfüllungseide nicht die Rede sein. — — Es mußte deßhalb nothwendig auf den eventuell deferirten Schiedseid eingegangen werden.

Dabei mußte denn nach der Vorschrift der

L. 11 C. de sent. (7, 45)

das eventuelle Urtheil sofort hinzugefügt werden, und dies hier um so mehr, weil die richterliche Pflicht gebietet, soviel irgend möglich, allen ferneren Weiterungen wegen eines so geringen Gegenstandes, als worüber hier mit einem ganz unverhältnißmäßigen Kostenaufwande schon so lange processirt ist, zu begegnen. Es war daher in dem gegenwärtigen Erkenntnisse zugleich auszusprechen, welche Folgen die Eidesleistung der Beklagten haben werde, wobei es sich von selbst versteht, daß im Fall der Eidesweigerung ein entgegengesetztes Erkenntniß zu erlassen sein würde.

266. Proceßzinsen. Deren Sistirung.

Die fl. 251. 12 kr. (nach Berichtigung eines im stadtgerichtlichen Urtheil vorgekommenen Schreibfehlers von fl. 4.) müssen

die Beklagten aber vom Tage der Klage an mit 5% verzinsen. Dies beruht darauf, daß der Kläger das ihm Beikommende cum omni causa erhalten muß,

L. 40 pr D. de hered. pet. (5, 3)
L. 20 D. de rei vind. (6, 1)
L. 31 pr D. de rebus cred. (12, 1)

wozu nach heutigem Rechte ohne Anstand auch die Zinsen des zuerkannten Capitals gehören.

Nun haben zwar die Beklagten schon in der Exceptionsschrift erklärt, daß sie immer bereit gewesen und noch seien, die nicht streitigen Posten — zu bezahlen. Auch widerholten sie in der Duplik das Zahlungserbieten mit dem Zusatze, das Geld liege schon längst bei H. Fischer in Mainz bereit und im Appellationslibell zweiter Instanz ist noch gesagt, das Geld liege schon längst zur Verfügung des Klägers in Mainz, sei aber von ihm nicht angenommen. Allein nachdem die Klage bereits angestellt, mithin der Lauf der Verzugszinsen schon angefangen hatte, konnte, jene Erklärung nicht mehr genügen, um den Lauf der Zinsen zu sistiren, indem selbst vor angestellter Klage dazu eine wirkliche, wenn auch nur wörtliche oblatio erforderlich gewesen wäre. Nachher genügte auch diese nicht mehr, sondern es mußte bei verweigerter Annahme das Geld deponirt werden, um die Beklagten von der Zinszahlung zu befreien.

L. 1 § 3 L. 7 de jurisdict. (22, 1)
L. 28 § 1 D. de admin. et peric. tut. (26, 7)
L. 6 L. 19 init. C. de usuris (4, 32)
Hunnii variae resolutt. l. 3. r. 8. qu. 8.
Nodt de usuris l. 3. c. 15.

Läge aber auch in den Vorträgen der Beklagten die Behauptung einer genügenden, vor angestellter Klage geschehenen oblatio, so fehlt es doch an allem, bei dem bestimmten Widerspruche des Klägers nothwendigen Beweise derselben, und es würde nicht zu verantworten sein, den Proceß wegen dieses geringfügigen Punctes durch eine Beweisauflage noch länger hinzuhalten.

267. Kostencompensation.

Der Kostenpunct ist freilich in vorliegender Sache wegen des Mißverhältnisses zum Streitobjecte von großer Erheblichkeit; dies konnte aber doch nicht hindern, ungeachtet des Obsieges der Beklagten, die Kosten aller drei Instanzen zu compensiren. Soviel nämlich die Kosten zweiter und dritter Instanz betrifft, so ergibt sich deren Vergleichung schon aus dem Wechsel der Erkenntnisse. Anlangend aber die Kosten erster Instanz, so ist dabei in Betracht gezogen, theils daß der Kläger die beiden ersten Erkenntnisse für sich hat, theils daß, auf den Ursprung des Streites gesehen, beiden Theilen ungefähr gleiche Schuld zur Last fällt. Auch kann es nicht hindern, daß vom Appellationsgerichte ausgesprochen ist, daß der Kläger im Falle der Verweigerung des Erfüllungseides die Kosten erster Instanz tragen müsse, denn dieser Fall ist nicht eingetreten. Bei der jetzigen, von jener ganz verschiedenen Entscheidung, daß der Beweis verfehlt sei, blieb also das Urtheil über die Kosten erster Instanz völlig frei.

CXI.

Carl Wilhelm Kellermann dahier, Kläger

contra

Johann Philipp Woltz zu Langfurt, Beklagten.

Dem Kläger wurde rechtskräftig der Beweis auferlegt, daß er dem Beklagten die in der Unteranlage A. zur Klage specificirten Waaren — — um die beigesetzten Preise verkauft und geliefert habe. Auf geführten Beweis und Gegenbeweis erkannte das Stadtgericht am 4. Januar 1843, daß Beklagter über die Negative des Beweissatzes zum Erfüllungseide zuzulassen sei. Auf Appellation des Klägers wurde unter Verurtheilung desselben zum Kostenersatze dieses Urtheil bestätigt vom

Spruchcollegium zu Heidelberg am 2. August 1843,
Oberappellationsgerichte am 27. Februar 1845.

268. Beweis durch Handelsbücher.

Den titulus emti hat Kläger durch die Production und Beschwörung seines Handelsbuches zu erweisen beabsichtigt und er hebt es als einen besonderen Gegenstand seiner Beschwerden hervor, daß er dazu nicht zugelassen worden sei. Es ist dies aber mit vollem Rechte nicht gestattet; denn

1. hat sich der Kläger darauf beschränkt, bei seiner Klage, die zugleich die Bitte um Gestattung eines Real- und Personal-Arrestes enthielt, einen unbeglaubigten Auszug aus seinen Büchern zu produciren, der allem Ansehen nach nur aus dem Riscontro- oder dem Contocurrenten-Buche (nicht aus dem Journal oder Hauptbuche) entnommen ist und er hat auch diesem Mangel nicht einmal in der Beweis-Antretung abgeholfen, noch um vorgängige Anberaumung eines Termin's zur Vorlage und Untersuchung der Handelsbücher gebeten, sondern er verlangt, daß ohne Weiteres auf die Production und Beschwörung derselben erkannt werden solle. Das geht aber nicht an, weil es bei dem Beweise durch Handelsbücher besonders auf die Beschaffenheit und ordnungsmäßige Führung derselben ankommt, worüber der Richter vor allen Dingen unterrichtet sein muß, ehe er auf die Beschwörung der Bücher erkennen kann. Aber auch hiervon abgesehen, stehen der Beweisführung durch dieselben

2. erhebliche materielle Bedenken entgegen. Zuvörderst

a. bedingt die Ref. I. tit. 31 § 12 die Beschwörung der Handelsbücher dadurch, daß der Gegentheil wider dieselbe keinen Gegenbeweis, noch rechtmäßige Vermuthung vorzubringen habe. Nun ist es aber schon vorgekommen, daß der eigene Zeuge des Klägers — — — solche Umstände angegeben, welche mit einem reellen Kaufgeschäfte gar nicht zu vereinigen sind. — — Da nun nach der Ref. I. tit. 39 § 7 die Aussage eines untadelhaften Zeugen die Kraft eines halben Beweises hat, so wird dadurch die gleiche Beweiskraft des Handelsbuches schon ohne Weiteres entkräftet und kann der Kläger daher zur Beschwörung derselben nicht zugelassen werden. Es steht dem aber auch

b. noch der Umstand entgegen, daß die Bücher des Klägers, wie schon der producirte Auszug ergibt, keineswegs mit der nöthi-

gen kaufmännischen Genauigkeit geführt sind. Denn während nach eben diesem Buchauszuge — — und den Zeugenaussagen — — der Kauf schon im August und September 1834 zu Stande gekommen und die Ablieferung der Waaren an den Beklagten schon damals erfolgt sein soll, hat der Kläger das Geschäft laut der Marginalien zu seinem Buchauszuge, doch erst unterm 3. November 1834 in das Journal eingetragen, was — den Verdacht begründet, daß der Kläger den Beklagten für diese Waaren wohl erst da debitirt haben möge, als schon der Verlust derselben eingetreten gewesen, was sich mit einem schon im August oder September zu Stande gekommenen ordnungsmäßigen Kaufgeschäfte nicht vereinigen läßt. Endlich

c. hat sich der Kläger auch dadurch verdächtig gemacht, daß er von Anfang an ein solches Geschäft, wie der Beklagte es behauptet, in Abrede gestellt und sich auf die Gehaltlosigkeit und Unwahrscheinlichkeit der gegnerischen Behauptung berufen hat, nun aber aus — — — hervorgeht, daß ein solches Geschäft doch stattgefunden habe. Man muß daher annehmen, daß der Kläger die Behauptung des Beklagten wider besseres Wissen und mala fide abgeleugnet hat, und entsteht daher auch hieraus ein erhebliches Bedenken, ihn in dieser Sache zur Beschwörung seiner Bücher zuzulassen.

CXII.

Johann Ludwig Ritter dahier, Kläger
contra
den Curator des pro prodigo erklärten Max S. dahier, Beklagten.

Der Kläger stellte eine Wechselklage gegen den Beklagten an. Der Beklagte opponirte die Einreden:

1. daß bereits wegen dieses Wechsels eine Criminaluntersuchung wegen Wuchers gegen den Kläger anhängig sei, deren Ergebniß vorerst abgewartet werden müsse;

2. daß dem beklagtischen Curanden die Rechtswohlthat des S.C. Macedonianum zu Theil werden müsse, da derselbe, obwohl sein Vater gestorben, doch noch unter der Gewalt seiner noch lebenden Mutter stände.

Diese Einreden wurden verworfen und der Beklagte zur Bezahlung des Wechsels unter Verurtheilung in die Kosten verurtheilt vom

Stadtgerichte am 17. Juni 1844,
Appellationsgerichte am 19. August 1844,
Oberappellationsgerichte am 27. Februar 1845.

269. Einfluß eines anhängigen Criminalprocesses auf eine zu erhebende Civilklage.

Der Beklagte macht es geltend, daß das Stadtgericht um deßwillen incompetent gewesen sei, über die vorliegende Wechselklage zu entscheiden, weil die Sache schon bei dem Appellationsgerichte als Criminalgerichte anhängig sei. Die wider den Kläger eingeleitete Untersuchung wegen Wuchers erstrecke sich nämlich auch auf den dieser Klage zum Grunde liegenden Wechsel, indem derselbe einen Theil des Thatbestandes des in Frage stehenden Verbrechens ausmache; ferner habe er, Beklagter, dem Criminalverfahren adhärirt, und das Appellationsgericht selbst habe seine Competenz schon dadurch anerkannt, daß es wegen einer Anzahl ähnlicher Wechsel eine Edictalladung erlassen, worin deren Inhaber bei Vermeidung der Amortisation aufgefordert worden, sie bei dem Criminalamte und nicht bei dem Civilgerichte anzumelden. Nun sei es aber unzulässig, eine Forderung, der vermuthlich das Klagrecht demnächst werde abgesprochen werden, einstweilen einzuklagen, und ebenso wenig dürfe ein Civilgericht den Wechselschuldner aus formellen Gründen condemniren, während das Criminalgericht vielmehr den Wechselgläubiger aus materiellen Gründen des ganzen Klagrechts verlustig erklären müsse. So liege aber hier die Sache. Denn wenn der Kläger, wie nicht anders zu erwarten, des Wuchers werde schuldig und überführt erklärt werden, so müsse das Criminalgericht nach der ausdrücklichen Vorschrift der Reichspolizeiordnung von 1577

Th. XVII. § 8 zugleich die Ungültigkeit des wucherischen Contracts aussprechen und stehe damit die jetzige condemnatoria in dem geradesten Widerspruche. Endlich müsse das Erkenntniß in der Civilsache auch schon um deßwillen bis nach Beendigung der Criminalsache ausgesetzt werden, weil dem Beklagten, um den Kläger des dem eingeklagten Wechsels zum Grunde liegenden Wuchers zu überführen, kaum ein anderes Beweismittel zu Gebote stehe, als die Eidesdelation, nun aber ein Inculpat während noch obschwebender Untersuchung nicht dazu gelassen werden dürfe, in causa civili seine Unschuld zu beschwören.

Allein es kann diese Argumentation nicht für entscheidend angesehen werden.

Zuvörderst ist es nämlich eine bekannte allgemeine Regel, daß die Civil- und Criminalsachen einander nicht präjudiciren, d. h. daß aus dem in der Civil- und Criminalsache ergangenen Erkenntnisse keine res judicata für die andere Sache erwächst, sondern es dem Civil-, resp. Criminal-Richter freisteht, über die Frage, ob das Verbrechen qu. begangen ist oder nicht, trotz der bereits erfolgten absolutorischen oder condemnatorischen Entscheidung de novo zu erkennen.

L. un. C. quando. civ. act. (9, 31)

Wenn daher auch der Kläger bereits durch ein reines Strafurtheil des Wuchers schuldig erkannt wäre, so würde dieses Erkenntniß doch einer Civilklage aus dem jetzt vorliegenden Wechsel nicht im Wege stehen und der Beklagte aus demselben keine exceptio rei judicatae entnehmen können, sondern dem Kläger unbenommen sein, seine Unschuld und daß dem eingeklagten Wechsel kein wucherliches Geschäft zum Grunde liege, auszuführen. Ist nun aber dies der Fall, so kann ebensowenig aus der bloßen Anhängigkeit der Criminalsache ein Einwand gegen die Zulässigkeit der Civilklage entnommen werden, weil die exceptiones rei in judicium deductae und rei judicatae einen und denselben Gegenstand haben und durchaus mit einander parallel gehen,

Keller Litiscontestation p. 200. 201. 209.

mithin von jener vor ergangenem Erkenntnisse nicht Gebrauch

gemacht werden kann, wo diese nach erfolgtem Erkenntnisse nicht Platz greifen würde.

Für's Andere kommt aber auch noch das besondere Verhältniß des Wechselprocesses in Betracht, dessen Eigenthümlichkeit es ist, daß darin illiquide Einreden überall nicht zugelassen werden.

Pr. Ordg. art. 91.

Demnach kann bei angestellter Wechselklage die bloße Möglichkeit und selbst eine Wahrscheinlichkeit des materiellen Unrechts des Klägers nicht berücksichtigt werden, sondern, so lange es darüber an dem nöthigen liquiden Beweise fehlt, muß die übernommene formelle Verbindlichkeit des Wechselschuldners den Ausschlag geben; und die Einrede, daß bereits das materielle Unrecht des Klägers den Gegenstand eines anderen, aber noch unentschiedenen Rechtsstreites bilde, kann keine Berücksichtigung finden. Eine entschiedene Anwendung von diesem Grundsatze macht die Praxis in dem hier analogisch anzuwendenden Falle, daß sie dem Wechselschuldner nicht gestattet, eine condictio sine causa oder eine querela non numeratae pecuniae auf den Grund der nicht empfangenen Valuta oder des verübten Betruges und dergleichen gegen den Wechsel-Inhaber mit der Wirkung anzustellen, daß dadurch die Wechselklage vereitelt werde, sondern es diesem, solcher Klage ungeachtet, unbenommen bleibt, den Schuldner mit der Wechselklage zu belangen, und dieser Klage eine exceptio litis pendentis aus jenem Verfahren nicht opponirt werden kann.

Berger electa proc. execut. th. 46.
Leyser medit. ad Pand. spec. 123 med. 6.
Wernher observ. for. P. 1. obs. 146. P. IV. obs. 1. n. 106—111.
Weber Beiträge Stück 1. Abh. 2. a. E.
Danz summar. Proc. § 76.
Suptitz summar. Proc. § 39.

So konnte denn auch im vorliegenden Falle aus der noch obschwebenden Untersuchung wider den Kläger kein Bedenken gegen die Verurtheilung des Beklagten zur Deposition der an sich völlig liquiden Wechselschuld entnommen werden, zumal auf der einen Seite der Beklagte auch nicht einmal mit der nöthigen Präcision

angegeben, geschweige denn nachgewiesen hat, worin denn der von dem Kläger in Ansehung des fraglichen Wechsels verschuldete Wucher bestanden habe, und auf der anderen Seite das Criminalgericht selbst, mittelst Decrets vom 23. August 1843, auf welches sich beide Theile berufen, den Kläger zur Einklagung des Wechsels durch einen verpflichteten Anwalt autorisirt und dabei durch die Verordnung der Deposition angemessene Fürsorge für die Sicherheit des Beklagten getroffen hat.

Wenn der Beklagte dagegen einwendet, daß es an sich widersprechend sei, eine Klage aus einem Geschäfte zu gestatten, welches in Folge der Untersuchung nothwendig für nichtig und unkräftig erklärt werden müsse, und daß die Obrigkeit, welche dem Verletzten durch die angestellte Untersuchung Schutz zu gewähren beabsichtige, diesen nicht vorher zu Grunde richten dürfe, so ist so viel richtig, daß nach der

Reichspolizei-Ordg. v. 1577 a. a. O.

das Appellationsgericht, soweit der Kläger des Wuchers überführt werden sollte, die wucherlichen Geschäfte desselben nach den Umständen ganz oder theilweise für nichtig erklären muß. Allein da es zur Zeit noch unentschieden ist, ob dem Kläger ein Wucher, namentlich in Beziehung auf den hier in Frage stehenden Wechsel, zur Last fällt, so kann nach den oben angeführten Grundsätzen, dies bei der hier angestellten Wechselklage nicht weiter berücksichtigt werden, als bereits von dem Appellationsgerichte durch Verordnung der Deposition geschehen ist.

Hieran kann denn auch der Umstand, daß der Beklagte dem Criminalprocesse förmlich adhärirt haben will, nichts ändern, indem diese Adhäsion doch niemals mehr Wirkung haben könnte, als eine bereits abgesondert erhobene condictio sine causa, eine solche aber nach dem Obigen die Anstellung der Wechselklage nicht verhindert haben würde. — — — Am wenigsten aber stehen der Zulässigkeit der Wechselklage die von dem Appellationsgerichte erlassenen edictales entgegen; denn diese hatten nur den Zweck, die angeblich von S. sonst noch ausgestellten Wechsel, über deren Begebung man in Ungewißheit war, ausfindig zu machen und mußte natürlich deren Einlieferung an das Criminalamt verfügt

werden, damit eventualiter die Untersuchung auf sie mit erstreckt werden konnte. Allein da darin durchaus nicht die Absicht lag, die Wechsel im Uebrigen dem ordentlichen Richter zu entziehen, so würde auch die Edictalladung die Inhaber der Wechsel nicht haben abhalten können, diese bei Verfall einzuklagen.

Was endlich noch die Abschneidung der Eidesdelation anbetrifft, so ist darauf kein Gewicht zu legen, da, wenn man auch die Eidesdelation zum Beweise einer Einrede im Wechselprocesse für zulässig erachten könnte,

Vgl. Span Wechselr. § 115. versus fin.

doch unter den vorliegenden Umständen der Beklagte sich gar keinen Erfolg davon versprechen durfte, übrigens aber, wenn er durchaus darauf bestanden wäre, von diesem Beweismittel Gebrauch zu machen, der anhängige Criminalproceß ihn aber nach dem oben angeführten allgemeinen Grundsatze daran nicht hätte hindern können.

270. Die exceptio S.C. Macedoniani steht nach Frankfurtischem Rechte nur einem Haussohne unter väterlicher Gewalt zu.

Anlangend die exceptio S.C. Macedoniani, so kann die Verwerflichkeit derselben freilich nicht auf den art. 9 der Wechselordnung gegründet werden. Denn von dieser exceptio kommt in jenem Artikel nichts vor und die darin wirklich enthaltene Vorschrift, daß Minderjährige, welche eine eigene oder Compagnie-Handlung treiben und Wechselbriefe ausstellen, sich hintenher nicht sollen auf ihr minor aetas berufen können, sondern für volljährig geachtet werden, leidet als ein jus singulare auf die von Haussöhnen, zumal welche keine eigene Handlung führen, ausgestellten Wechsel keine analoge Anwendung, da bei diesen die ratio jenes Gesetzes, die Beförderung des allgemeinen Handlungs-Credits, nicht eintritt.

Dahingegen ist der andere von dem Kläger für die Verwerflichkeit der Einrede geltend gemachte Grund, daß nämlich nur ein noch unter der väterlichen Gewalt stehender filiusfamilias sich auf das S.C. berufen dürfe, nun aber der Wechsel nach dem eigenen Anführen des Beklagten von seinem Curanden zu einer Zeit aus-

gestellt worden, wo dessen Vater schon verstorben, mithin die patria potestas schon beendet gewesen, ganz entscheidend.

Der Beklagte beruft sich zur Widerlegung desselben darauf, daß der Wechselaussteller, wenn auch nicht unter der Gewalt seines Vaters, doch unter der seiner Mutter gestanden habe und die Ref. II. tit. 11 § 12 überhaupt den unter der Gewalt ihrer Eltern stehenden Haussöhnen die Befugniß einräume, sich der exceptio S.C. Macedoniani zu bedienen.

Dieser Einwand ist nun schon früher in

Fr. S. Dr. Meisinger c. Lindheimer

von dem Oberappellationsgerichte näher erwogen, jedoch mittelst Erkenntnisses vom 7. Februar 1824 gegen den Wechselschuldner entschieden.

Jurist. Abhandl. I. n. 16 p. 312.

Es hat aber auch eine nochmalige Prüfung desselben zu dem völlig gleichen Resultate geführt.

Wenn nämlich in der angeführten Reformationsstelle nicht der allerdings bedenkliche Ausdruck „Aeltern" vorkäme, so würde es gewiß Niemanden einfallen, die Rechtswohlthat des erwähnten S.C. auch für andere, als für die noch unter der väterlichen Gewalt stehenden Haussöhne in Anspruch zu nehmen. Denn einmal ist das gedachte S.C. ein durchaus römisches, dem deutschen Rechte fremdes Institut und aus jenem in das Frankfurter Statutarrecht herüber genommen, daher auch nur in dem Sinne zu verstehen, wie es dem römischen Rechte bekannt ist, welches von einer Gewalt der Mutter über ihre noch nicht abgesonderten Söhne nichts weiß und für's Andere wird auch in einer anderen Reformationsstelle (II. tit. 1 § 4) die fragliche exceptio ganz ausdrücklich nur den in patria potestate d. i. ihres noch lebenden Vaters oder väterlichen Ahnherrn Gewalt befindlichen Haussöhnen, ferner den Vätern oder Ahnherrn selbst völlig in Uebereinstimmung mit dem römischen Rechte beigelegt.

Alles kommt mithin an auf die eigentliche Bedeutung des Wortes „Aeltern" in der vorhin erwähnten Reformationsstelle. Nun hat es aber

1. gar keinen Anstand, darunter nicht, wie es freilich der ge-

wöhnliche Sinn mit sich bringt, Vater und Mutter, sondern die väterlichen Ascendenten (nach der Redeweise der Reformation den Vater und väterlichen Ahnherrn) zu verstehen. Ein gleicher Doppelsinn findet sich auch bei dem Römischen Worte „parentes", welches bald die beiden Aeltern, Vater und Mutter, bald aber auch nur die väterlichen Ascendenten bedeutet und wo demnach jedesmal nach den Umständen, namentlich aber nach der Materie, von welcher es sich handelt, beurtheilt werden muß, ob es in diesem oder jenem Sinne zu verstehen sei. So ist z. B. in der

L. 3 § 3 D. ad S.C. Maced. (14, 6)

das Wort „parentibus" offenbar nur von dem jedesmaligen parens, „in cujus potestate est filiusfamilias" also von dem Vater, väterlichen Großvater u. s. w. zu verstehen. In der erwähnten Reformationsstelle aber muß dieser Sinn um deßwillen vorgezogen werden, weil er ganz offenbar nur eine Uebersetzung des römischen „parens" in der L. 1 pr. D. h. t. ist.

Zur Unterstützung dieser Auslegung dient

a. daß auch in anderen Stellen der Reformation und namentlich in einer zweiten, die auch aus dem römischen Rechte entlehnt ist und wo dort „parentes" genannt werden, der Ausdruck „Aeltern" ganz in dem Sinne von Vater und väterlichen Großvater gebraucht wird.

Vgl. Reform. VII. tit. 1. § 3 mit.
L. 1 pr. § 1 D. de testam. tut. (26, 2)
§ 3 J. de tutelis (1, 13)
deßgl. Ref. V. tit. 8 § 11.

Der Appellant beruft sich freilich dagegen zum Beweise, daß das Wort „Aeltern" in der Reformation ganz den gewöhnlichen Sinn habe, auf

Ref. IV. tit. 4 § 6.

Allein so wenig zu bezweifeln ist, daß dies die gewöhnliche Bedeutung sei, so kann doch die allegirte Stelle am wenigsten zu dem Beweise dienen, daß das Wort „Aeltern" nur in diesem weiteren Sinne zu verstehen sei. Denn gerade der dort gemachte Zusatz: „zugleich Mannes- und Weibspersonen" zeigt auf das deutlichste, daß man das Wort „Aeltern" für sich allein als

doppelsinnig angesehen und es daher für nöthig gehalten hat, dasselbe näher zu umschreiben;

Vgl. auch § 4 eod. verb. Aeltern männl. Linie;

b. die ausdrückliche Beziehung der Reformationstelle II. tit. 11 § 12 auf die Kaiserlichen Rechte und die dort vorkommende alleinige Erwähnung des Vaters unter den Personen, welche sich auf das S.C. sollen berufen können. Jene Beziehung läßt annehmen, daß die Reformation eben nur die Bestimmung des römischen Rechts habe wieder geben wollen und die Nichterwähnung der Mutter unter jenen Personen würde gar nicht zu erklären sein, wenn man die Stelle so verstehen wollte, als ob gerade durch diese Stelle die Rechtswohlthat des S.C. auch auf die Kinder unter s. g. mütterlicher Gewalt habe erstreckt werden sollen. Endlich

c. würden bei der Auslegung des Beklagten die beiden Reformationsstellen

II. tit. 1 § 4 und tit. 11 § 12

in dem offenbarsten Widerspruche mit einander stehen, indem die erste ausdrücklich besagt, daß das S.C. Macedonianum nur denjenigen zu Statten kommen solle, welche in patria potestate d. i. in ihres noch lebenden Vaters oder väterlicher Ahnherrn Gewalt stehen und im Lateinischen filiifamilias genannt werden, so wie deren Vätern und väterlichen Ahnherrn. Nun sind aber im Zweifel die Statute so zu interpretiren, daß ihre Bestimmungen nicht mit einander im Widerspruche, sondern im Einklange stehen, was ebenfalls auf die hier adoptirte Bedeutung des Wortes „Aeltern" im engeren Sinne führt. Wollte man aber auch

2. diesen Ausdruck in dem Sinne des gemeinen Lebens, mithin von Vater und Mutter verstehen, so würde dies doch zu keinem dem Beklagten günstigeren Resultate führen. Denn der § 12 cit. sagt nur, daß diejenigen Kinder, welche noch in der Gewalt ihrer Aeltern seien, sich der exceptio S.C. sollen bedienen können. Da nun aber der Mutter nach Frankfurtischem Rechte über ihre Kinder keine der väterlichen gleichkommende, sondern nur eine vormundschaftliche Gewalt zusteht,

Cropp Jurist. Abh. I. Nr. 16

so würde die Erweiterung des Gebrauchs der **exceptio** jedenfalls wieder auf die unter der Vormundschaft der Mutter stehenden Kinder zu beschränken sein und da diese mit der Volljährigkeit sich endigt, so könnte wenigstens ein großjähriger vaterloser Sohn in keiner Beziehung mehr den Kindern beigezählt werden, „welche noch in Gewalt ihrer Aeltern seyndt."

Endlich darf man auch die Schriftsteller über das Frankfurter Recht als hiermit vollkommen einverstanden ansehen, so wie nicht minder der Gerichtsgebrauch darüber ganz entschieden ist. Denn weder in Klotz **differentiis**, noch in dem Privatrechte von v. Adlerflycht und Bender findet sich in der Materie vom **S.C. Macedonianum** diese Abweichung vom römischen Rechte gedacht, ungeachtet sie dabei die Reformationsstelle II. tit. 11 § 12 namentlich allegiren, und selbst der vom Beklagten angezogene Orth Anm. Th. 1 p. 22. spricht nicht den Satz aus, daß auch alle unter der mütterlichen Gewalt stehenden unabgesonderten Kinder sich auf das S.C. berufen könnten, sondern er hebt nur die Ausdehnung desselben auf minderjährige, unter vormundschaftlicher Gewalt stehende Kinder hervor und schiebt dabei die Bemerkung ein, daß auch der Mutter eine Gewalt zuzuschreiben sei, was aber nach dem Obigen nur von einer vormundschaftlichen Gewalt verstanden werden kann. Anlangend aber den Gerichtsgebrauch, so ist nicht nur in der schon erwähnten Meisinger'schen Sache die Einrede in allen drei Instanzen verworfen, und ein Gleiches ist jetzt wieder von dem Stadt- und Appellationsgerichte geschehen, sondern der Beklagte hebt es auch namentlich hervor, daß er als S.'scher Curator schon mehrere ungünstige Erkenntnisse des Appellationsgerichts in Ansehung der fraglichen Einrede erhalten habe.

CXIII. u. CXIV.

J. L. Ritter dahier, Kläger
contra
den Curator des pro prodigo erklärten Max S. dahier, Beklagten.

In beiden Fällen sind gleichlautende Urtheile an denselben Tagen ergangen, wie die in dem vorhergehenden Fall CXII. mitgetheilten.

CXV.

Friedrich Caspar Mouson dahier, Kläger
contra
Friedrich Jacob Willemer dahier, Beklagten.

Der Kläger forderte von seinem beklagten Schwiegervater usufructuarische Sicherheit wegen des von der Ehefrau des letzteren nachgelassenen, seinen Kindern angefallenen Vermögens. Nachdem zu dem Behufe der Feststellung dieses Vermögens ein Inventar errichtet war, überreichte Kläger ein von dem Beklagten geführtes Notizbuch in welchem neben anderen Eintragungen ein Theil desselben jährliche Aufzeichnungen von 1828—1838 über einen Vermögensstand enthielten. Kläger behaupteten, daß hier das beklagtische Vermögen angegeben sei und verlangten hiernach die Berichtigung des Inventars. Der Beklagte leugnete die Beweiskraft des Notizbuches und behauptete ferner, die Kinder seiner Ehefrau hätten die Hälfte des Verlustes zu tragen, der daraus entstanden wäre, daß er etwa vorhandene Staatspapiere veräußert habe, resp. dieselben heimgezahlt worden wären, falls er den Erlös wiederum in Staatspapiere angelegt habe.

Das Stadtgericht erkannte am 16. August 1843 auf den Beweis des Klägers, daß am Todestage der Ehefrau des Beklagten das Vermögen des letzteren aus fl. — bestanden habe, die Frage wegen Tragung eines etwaigen Verlustes dem späteren Verfahren vorbehaltend.

Auf beiderseitige Appellation erkannte das Appellationsgericht am 31. Januar 1844 den dem Kläger nachgelassenen Beweis durch das Notizbuch für erbracht, behielt dem Beklagten nur den Gegenbeweis vor und stellte den Grundsatz fest, daß der Beklagte jeden Verlust bei etwaiger Wiederanlegung der eingegangenen Beträge in Staatspapieren tragen müsse, wenn seine Tochter nicht diese Wiederanlegung genehmigt habe.

Auf Oberappellation des Beklagten wurde dieses Urtheil unter Compensation der Hälfte der Kosten und Verurtheilung des Beklagten in die andere Hälfte vom Oberappellationsgerichte am 8. März 1845 bestätigt, nur daß ein beim fünften Klagposten vorgekommener Irrthum des Klägers berichtigt und für den in Anspruch genommenen Mehrbetrag dem Kläger, falls er sich mit dieser Beweisführung durchzukommen getrauen sollte, Beweis nachgelassen wurde.

271. Administrationsbefugnisse des überlebenden parens. Tragung der Gefahr.

Der Beklagte beschwert sich darüber, daß vom Appellationsgerichte der Grundsatz festgesetzt worden sei, „es müsse, insofern Staatspapiere, welche bei dem Tode der Ehefrau des Beklagten vorhanden gewesen, nachher an ihn zurückgezahlt oder von ihm veräußert seien, unbedingt die Hälfte des dafür eingegangenen Geldbetrages als Vermögen der Tochter des Beklagten und ihrer Kinder in Rechnung gebracht werden und, wenn er diese Gelder wieder in anderen Staatspapieren angelegt habe, so sei dies auf seine alleinige Gefahr geschehen und ein daran entstandener Verlust von dem Kläger nicht mitzutragen, außer wenn der Beklagte zu beweisen vermöchte, daß seine Tochter jene Art der Wiederanlegung genehmigt habe," wohingegen der Beklagte verlangt, es solle der Grundsatz festgesetzt werden, „daß, wenn er solche

Gelder wieder in anderen Staatspapieren angelegt und hierdurch einen Verlust erlitten, der Kläger denselben zur Hälfte mitzutragen habe, insofern nicht dem Beklagten ein dolus oder eine culpa lata zur Last falle.“ Käme es nun

1. jetzt bloß auf Principien an, so würde freilich den in dem Erkenntnisse voriger Instanz aufgestellten Grundsätzen in dieser Allgemeinheit nicht beizutreten, vielmehr anzunehmen sein, daß, wenn der Beklagte die fraglichen Gelder wieder in guten und soliden Staatspapieren angelegt und daran ohne ein Verschulden von seiner Seite einen Verlust erlitten hätte, dieser Verlust allerdings von dem Kläger zur Hälfte zu tragen wäre. Denn der Grundsatz, daß sich der Nießbrauch an ausstehenden Capitalien, wenn dieselben von dem Usufructuar eingezogen werden, in einen quasi ususfructus verwandelt und der Usufructuar einfach Schuldner der Summe wird, läßt sich auf den Beklagten nicht anwenden, weil nach Frankfurter Rechte der überlebende parens, welcher den Beisitz an dem auf seine Kinder vererbten Nachlasse des zuerst verstorbenen parens hat, kein bloßer Usufructuar, sondern zugleich der gesetzliche Administrator dieses Vermögens,

cf. namentlich Verordnung v. 3. Dec. 1776 nr. 5

mithin als solcher berechtigt und — wenigstens dann, wenn von ihm keine usufructuarische Caution geleistet worden — auch verpflichtet ist, jene Gelder wieder für seine Kinder anzulegen. Ebensowenig ferner kann man eine Wiederanlegung jener Gelder in anderen Staatspapieren unbedingt als einen Act der Administration betrachten, der sich nicht justificiren lasse. Denn specielle gesetzliche Vorschriften sind für jene Verwaltung des überlebenden parens in Ansehung des Umsatzes der Capitalien nicht vorhanden, und namentlich treten dabei in dieser Hinsicht die für Vormünder geltenden Vorschriften nach der eben angeführten Verordnung nicht ein. Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen aber hat freilich der Beklagte bei seiner gedachten Administration nicht bloß dolus und culpa lata, sondern die diligentia eines bonus paterfamilias zu prästiren,

Ref. V. tit. 8 § 4

allein es läßt sich nicht behaupten, daß der Beklagte dieser Pflicht

zuwidergehandelt habe, wenn er das Vermögen seiner Tochter, welches bei dem Tode seiner Ehefrau bereits in Staatspapieren angelegt war, mit gehöriger Vorsicht wieder in anderen Staatspapieren angelegt hat. Denn auch boni patresfamilias legen bekanntlich ihr Vermögen auf diese Art an und von einem Börsenspiele auf Steigen und Fallen, von einem Handel mit Staatspapieren ist hier nicht die Rede, sondern von reellen Capitalanlagen in guten und sicheren Staatspapieren. Aber

2. — — nach der processualischen Lage der Sache ist — —, da die Klage durch die Nachweisung begründet wird, daß zur Zeit des Todes der Ehefrau des Beklagten ein gewisser Vermögensstand vorhanden gewesen und in seine Hände gekommen sei, — die Behauptung des Beklagten, daß er seitdem einen Verlust an Staatspapieren erlitten habe, eine Einrede. Er mußte also dieselbe, wenn sie beachtet werden sollte, mit gehöriger Bestimmtheit vorbringen. — — Dies ist aber offenbar nicht geschehen; denn er hat, obgleich über jenen Punct in drei Instanzen verhandelt worden, gar nicht näher angegeben, welche Staatspapiere an ihn zurückgezahlt und von ihm veräußert worden seien, in welchen anderen Staatspapieren er die dafür eingegangenen Gelder wieder angelegt, und wodurch er denn hierbei einen Verlust erlitten habe; der Richter ist also durchaus nicht im Stande zu beurtheilen, ob sich das Verfahren des Beklagten nach den oben aufgestellten Grundsätzen justificiren lasse, mithin ob die Einrede erheblich sei. — — —

XCVI.

Cath. Auguste Eysen, geb. Finck dahier, Klägerin
contra
deren Ehemann Johann Christian Eysen dahier, Beklagten.

Klägerin stellte bei dem Stadtgerichte den Antrag, dieselbe nach vorgängiger Vernehmung zweier Zeugen zu befugen, mit

ihrem Kinde eine abgesonderte Wohnung zu beziehen, in der Hauptsache aber nach vorgängiger Verhandlung der Sache die klagende Ehefrau von ihren Ehemanne auf fünf Jahre von Tisch und Bett zu trennen. Das Stadtgericht verfügte die Abhör der Zeugen, ohne dem Beklagten davon Nachricht zu geben, und sprach hierauf am 22. December 1844 die provisorische Trennung der Eheleute auf die Dauer des Processes an, in der Hauptsache die Einredehandlung anordnend. Auf Appellation des Beklagten wurde diese Verfügung in Betreff der provisorischen Trennung vom Appellationsgerichte am 17. Januar 1845 bestätigt, vom Oberappellationsgericht dagegen unter Compensation der Kosten 2. und 3. Instanz am 17. März 1845 wieder aufgehoben, und erkannt, daß dem Beklagten zuvörderst in erster Instanz über die von der Klägerin in der Klageschrift beantragte provisorische Trennung das rechtliche Gehör zu eröffnen sei.

272. Formeller Mangel im Verfahren. Rechtsmittel.

Es kommt bei der Entscheidung vorliegender Sache nicht — wie die Klägerin behauptet — nur darauf an, ob das Verfahren des Stadtgerichts gerade als eine Nichtigkeit im Sinne des §. 41 der Gerichtsordnung für das Oberappellationsgericht zu betrachten, sondern darauf, ob dasselbe überhaupt den Rechten und den Grundsätzen des Processes gemäß sei; denn der Beklagte hat das Rechtsmittel der Appellation, welches unbedenklich auch zur Anfechtung einer richterlichen Verfügung wegen eines formellen Mangels im Verfahren geeignet ist, in der vorigen Instanz im Libelle ausschließlich verfolgt und in der jetzigen Instanz mit der Nichtigkeitsbeschwerde cumulirt; es genügt also, wenn die Erfordernisse der Appellation vorhanden sind, ohne daß dem Beklagten die Ausdrücke, deren sich sein Sachführer zur Bezeichnung des Anfechtungsgrundes bedient hat, entgegenstehen können.

273. Gehör des Gegners vor Verfügung bei Provisorien.

Es ist, wie im Processe überhaupt, so auch bei Provisorien immer die Regel, daß dieselben nicht ohne vorgängiges Gehör des

Gegners verfügt werden dürfen, von welcher nur aus ganz besonderen Gründen, die nach der Natur der Sache eine Ausnahme rechtfertigen, abgewichen werden kann; und namentlich muß jene Regel bei einer so wichtigen und so tief in die Hauptsache eingreifenden provisorischen Verfügung zur Anwendung kommen, wie die hier erkannte Trennung der Eheleute für die ganze Dauer des jetzigen Processes ist, dessen Hauptgegenstand ebenfalls nur in einer temporären Scheidung von Tisch und Bett besteht. Dergleichen Gründe waren jedoch hier durchaus nicht vorhanden. Dasjenige nämlich, was die beiden Zeuginnen über das Benehmen des Beklagten gegen die Klägerin vor der jetzigen Klage ausgesagt haben, konnte keine Besorgniß vor Gewaltthätigkeiten erregen, die einen augenblicklichen Schutz nothwendig gemacht und nicht einmal den kurzen Aufschub gestattet hätte, welcher durch eine summarische Vernehmung des Beklagten bewirkt wäre. — — — Eben so wenig ferner lag eine gegründete Besorgniß vor, daß etwa die Anstellung der Klage den Beklagten zu anderweiten, bisher nicht vorgekommenen Excessen anreizen möchte; — — — demzufolge war das erkannte Provisorium für jetzt wieder aufzuheben und dem Beklagten durch die Gestattung des rechtlichen Gehör's in erster Instanz die Gelegenheit zu verschaffen, sowohl seine Einwendungen gegen den darauf gerichteten Antrag der Klägerin, als auch eine etwaige Gegenbescheinigung beizubringen, wobei es natürlich der Klägerin gleichfalls unbenommen bleibt, ihrerseits eine fernere Bescheinigung beizufügen. — — —

274. Aufrechterhaltung der factischen Trennung der Eheleute.

Bei einstweiliger Wiederaufhebung des Provisoriums erschien es jedoch nicht angemessen, die Klägerin sofort auch zur Rückkehr in die eheliche Wohnung anzuhalten, da die nun einmal erkannte Trennung jetzt schon über ein Jahr bestanden hat, beide Theile sich darnach eingerichtet haben und das bevorstehende anderweite Erkenntniß über das von der Klägerin beantragte Provisorium binnen kurzer Zeit zu erwarten sein wird.

XCVII.

Ludwig Freiherr v. Wiesenhütten dahier, Implorant.

Ludwig Freiherr v. Wiesenhütten beantragte im Jahr 1836 eine Edictalcitation, um sämmtliche Grundstücke des v. Wiesenhütten'schem Fideicommisses auf seinen Namen transscribiren zu lassen. Die Tante des Imploranten intervenirte und der hierdurch entstandene Rechtsstreit wurde 1842 durch Vergleich beendigt, nach welchem sämmtliche Grundstücke und darunter Gew. 16 Nr. 7 dem v. Wiesenhütten'schen Fideicommisse zugeschrieben wurden. Das eben erwähnte Grundstück Gew. 16 Nr. 7 hatte der Vater des Imploranten bereits im Jahr 1835 verkauft, das Stadtgericht hatte aber unter dem 27. Februar 1835 und das Appellationsgericht unter dem 6. April 1835 die Vergünstigung zu diesem Verkaufe versagt. Implorant suchte nach Ordnung der Transscriptionsverhältnisse nunmehr abermals um Vergünstigung zu dem fraglichen Verkaufe nach. Das Stadtgericht erkannte am 3. April 1843, daß es lediglich bei dem Decrete vom 27. Februar 1835 sein Bewenden behalte. Auf Appellation des Imploranten erkannte das Spruchcollegium zu Tübingen am 20. Mai 1844 abändernd, daß die Vergünstigung zu dem in Frage stehenden Verkaufe des testamentarischen Veräußerungsverbotes wegen nicht schlechthin versagt werden könne, sondern in der vom Imploranten erbetenen Weise zu ertheilen sei, sobald der Verkauf als zum Vortheile des Fideicommisses gereichend bei näherer Untersuchung sich herausstellen würde. Auf Oberappellation des Imploranten wies das Oberappellationsgericht am 31. März 1845 das Rechtsmittel als desert zurück.

275. Einlegung der Extrajudicialappellation.

Es läßt sich zwar Manches dafür sagen, es mit der Beobachtung jener gesetzlichen Vorschrift (bei Einführung der Extrajudicial-

appellation die Beschwerden speciell anzugeben) in solchen Fällen nicht strenge zu nehmen, wo allen Umständen nach nur eine einzige Beschwerde denkbar ist, diese also sich dem Unterrichter mit völliger Sicherheit von selbst ergibt, was namentlich dann der Fall ist, wenn ein nur einen einzigen Punct enthaltendes Erkenntniß erster Instanz, wogegen auch nur eine speciell bestimmte Beschwerde aufgestellt ist, in der zweiten Instanz völlig bestätigt wird. Allein so liegt die Sache im vorliegenden Falle keineswegs. Denn in erster Instanz ist das vom Imploranten nachgesuchte Vergünstigungsdecret schlechthin abgeschlagen, durch das von der Facultät Tübingen eingeholte Urtheil zweiter Instanz dagegen völlig reformatorisch erkannt worden. — — — Hier war offenbar mehr als eine Beschwerde denkbar. Der Implorant konnte sich nämlich entweder darüber beschweren, daß man neben dem von ihm beigebrachten Consense der nächsten Verwandten eine Nachweisung darüber, daß die Veräußerung dem Fideicommisse zum Nutzen gereiche, überall noch für erforderlich geachtet habe, — oder darüber, daß die beigebrachte Nachweisung nicht wenigstens für genügend erkannt sei oder endlich daß, statt der im Urtheile angeordneten näheren Untersuchung, ihm nicht eine bessere Nachweisung nachgelassen sei. Hier konnte es sogar in Frage kommen, ob der Implorant selbst durch die Wiederholung der in 2. Instanz aufgestellten ganz allgemeinen Beschwerde, daß ihm die Vergünstigung abgeschlagen sei, der gesetzlichen Vorschrift genügt haben würde, da diese wie oben bemerkt, eine specielle Anführung der Beschwerden fordert und zwar mit Recht fordert, da der Unterrichter dadurch in den Stand gesetzt werden soll, selbst der Beschwerde noch abzuhelfen. Um so weniger konnte es, da gar keine, nicht einmal jene allgemeine Beschwerde angegeben ist, ein Bedenken haben, den Rechtsnachtheil der Desertion gegen den Appellanten zu erkennen.

276. Veräußerung von Fideicommißgut. Rücksichtsnahme auf den Werth desselben zur Zeit der nachgesuchten Vergünstigung.

Uebrigens würden, auch wenn der eben erwähnte formelle Mangel nicht stattfände, die vom Appellanten geltend gemachten

Gründe zu einer seinen Anträgen entsprechenden Abänderung des vorigen Bescheides gleichwohl nicht haben führen können. Zwar könnte es, wenn die zur Wahrung der Rechte der nascituri anzustellende richterliche Prüfung, ob die fragliche, im Jahr 1834 vorgenommene Veräußerung des zum v. Wiesenhütten'schen Fideicommiß gehörenden Ackers Gew. 16 Nro. 7 zum Vortheile der gedachten Familienstiftung gereiche, bloß die Verhältnisse des Jahres 1834 in Betracht zu ziehen hätte, weniger Bedenken haben, das erbetene Vergünstigungsdecret zu ertheilen. Denn der Preis — —, um welchen der fragliche Acker verkauft ist, beträgt fast das Neunfache der Summe, zu welcher die Feldgeschwornen denselben taxirt haben, und das gerade aus dieser großen Differenz von den vorigen Urtheilsverfassern entnommene Bedenken dürfte sich durch die Betrachtung beseitigen, daß ein Grundstück seiner Lage nach und aus anderen Gründen für einen einzelnen Käufer gar leicht einen viel höheren Werth haben kann, als der, zu welchem es sich nach allgemeinen Grundsätzen taxiren läßt. Allein da der fragliche Acker, weil Fideicommißgut, gar nicht ohne Vergünstigungsdecret verkauft werden durfte, es mithin rechtlich so angesehen werden muß, als sei er noch unverkauft, so sind, nachdem der Vater des Imploranten, sich bei dem Erkenntnisse des Appellationsgerichts vom 6. April 1835 damals beruhigt und erst im Jahr 1842 der Implorant von neuem um ein Vergünstigungsdecret nachgesucht hat, bei der Frage, ob der Verkauf ein dem Fideicommiß vortheilhafter ist, nicht die Verhältnisse des Jahres 1834, sondern die gegenwärtigen ins Auge zu fassen.

Nun ist es aber ganz notorisch, daß seit dem Jahre 1834, aus welchem die — — frühere Taxation des fraglichen Ackers herrührt, die Verhältnisse der Gew. 16, — — nämlich des s. g. Gallenfeldes sich wesentlich geändert haben, indem die dortigen Grundstücke zum großen Theile jetzt nicht mehr als Feldgüter, sondern als Bauplätze behandelt werden und daher einer viel höheren Schätzung unterliegen. — — — Unter diesen Umständen würde das Oberappellationsgericht, auch wenn die gegenwärtige Appellation an dasselbe erwachsen wäre, das vorige Erkenntniß, insofern dasselbe eine nähere Untersuchung über den

Werth des verkauften Ackers anordnet, nur haben bestätigen können.

CXVIII.

Ludwig Fresenius zu Niederwiesen bei Alzei, als Vertreter des minderjährigen Carl August Fresenius daselbst, Kläger

contra

Wilhelm August H., Beklagten.

Der Bruder der Friederike Fresenius klagte Namens des unehelichen Kindes der letzteren gegen den in Mannheim als Magazinier angestellten hiesigen Bürgerssohn H. auf künftige und verfallene Alimente, Satisfactionsgebühren und Kindbettkosten und suchte

1. ein forum prorogatum
2. ein forum domicilii
3. ein forum delicti commissi sive contractae obligationis

zu begründen. Der Gerichtsstand wurde für nicht begründet erklärt vom

Stadtgerichte am 30. August 1844.
Appellationsgerichte am 23. September 1844.
Oberappellationsgerichte am 19. April 1845.

277 Einfache Beschwerden. Erforderniße. Verfahren.

Die von dem Kläger principaliter zur Hand genommene einfache Beschwerde stellt sich als ganz unstatthaft dar. Denn dieses Rechtsmittel kann nach den besonderen Bestimmungen, die über dasselbe in der Oberappellationsgerichts-Ordnung getroffen sind, und namentlich nach dem, was über das Einschreiten der oberauffsehenden Staatsgewalt in §. 170 der Gerichts-Ordnung gesagt ist, da überall nicht angewendet werden, wo der Richter aus Rechtsgründen erkannt hat und es sich nur von der

Entscheidung von Rechtsfragen handelt, und kann es dabei keinen Unterschied machen, ob der abgegebene Bescheid an sich der Rechtskraft fähig ist oder nicht; dasselbe erfordert ferner ein besonderes Verfahren (§. 168 ss. der Ger.-O.), auf dessen Einleitung der Kläger nicht angetragen hat, und endlich kann mit der einfachen Beschwerde nie ein Antrag auf unmittelbare Abänderung des obergerichtlichen Bescheids durch das Oberappellationsgericht selbst verbunden werden (§. 170 ibidem). Auch läßt sich im vorliegenden Falle nicht von Verweigerung der Justiz oder von Versagung der Rechtshülfe reden, da das Appellationsgericht im Gegentheile, vermöge der von ihm ausgesprochenen Incompetenz-Erklärung, die Justiz und zwar als Richter, soweit administrirt und in der Sache soweit erkannt hat, als es sich dazu nach seiner Ansicht für berechtigt gehalten (vergl. auch §. 44 ibidem). Es war mithin dieses Rechtsmittel zu verwerfen. Da indeß der Kläger damit zugleich eventuell die Appellation verbunden und diese auch gehörig eingewendet und zeitig eingeführt hat, so kommt es auf jenen Mangel nicht weiter an und ist die Sache nichts desto weniger gehörig an das Oberappellationsgericht devolvirt worden.

278. Pflegvater und Oheim als gerichtlicher Vertreter.

In Betreff der Entscheidung in der Sache selbst fehlt es zuvörderst schon an der erforderlichen Legitimation des Klägers, um für den minderjährigen C. A. Fresenius die klagend geltend gemachten Ansprüche zu verfolgen. Denn derselbe verlangt nicht etwa proprio nomine, mittelst einer negotiorum gestorum actio, Erstattung von ihm selbst auf die Verpflegung des Kindes verwendeter Alimente, sondern er klagt als Vertreter desselben auf künftige und verfallene Alimente, ingleichen auf Satisfactionsgebühren und Kindbettkosten, und macht mithin lauter Ansprüche geltend, die dem Kinde theils persönlich, theils soweit dasselbe Erbe seiner Mutter geworden ist, zustehen. Zu einer solchen Klage ist er aber, da er nicht zum Vormunde des Kindes bestellt worden ist, nicht berechtigt

L. 2 C. de eo, qui pro tut. (5, 45)

weder als Pflegevater, indem kein Gesetz demselben die Befugniß beilegt, das Pflegekind gerichtlich zu vertreten, noch als Oheim und tutor legitimus, weil auch die durch das Gesetz berufenen Vormünder sich der Vormundschaft nicht unterziehen, mithin, was daraus von selbst folgt, auch nicht für dasselbe klagend auftreten sollen, es sei ihnen denn solche Vormundschaft von der Obrigkeit decretirt und befohlen.

Reichspolizei-Ordg. v. 1577 tit. 32 § 2.

Auch kann sich der Kläger als Oheim, nicht etwa auf ein mandatum praesumtum berufen, weil sich ein solches nicht über Brüder hinaus erstreckt.

L. 35 pr. D. de procurat. (3, 3).

Uebrigens steht der Benutzung dieses Argumentes für die Bestätigung des angefochtenen Erkenntnisses der Umstand nicht entgegen, daß das Appellationsgericht in der That den Kläger als Pflegevater des Kindes zu Anstellung einer Klage auf Alimente für dasselbe für legitimirt erachtet hat. Denn einestheils findet sich diese Aeußerung nur in den rationibus dubitandi des angefochtenen Erkenntnisses, während das decisum ganz allgemein auf Verwerfung der erhobenen Beschwerde lautet, und anderentheils ist auch dabei übersehen, daß es sich hier nicht bloß von Alimenten, sondern auch, wie schon erwähnt worden ist, neben denselben von Forderungen anderer Art handelt.

279. Prorogirter Gerichtsstand erfordert Zustimmung des angegangenen Richters.

Der Kläger sucht das forum gegen den Beklagten in Frankfurt zunächst aus dem Gesichtspuncte der Prorogation zu begründen. Allein wenn auch eine wirkliche Prorogation beider streitenden Theile auf die Frankfurter Gerichte vorgelegen hätte, wie gleichwohl nicht der Fall ist, so würden diese doch nicht verpflichtet gewesen sein, sich dieselbe gefallen zu lassen, sondern es würde immer noch von ihrer Willkür abgehangen haben, ob sie sich der Entscheidung der Sache hätten unterziehen wollen oder nicht, indem der fremde Richter nicht wider seinen Willen gezwungen

werden kann, den ihm nicht unterworfenen Partheien Recht zu sprechen.

Vgl. R. A. von 1594 § 65.
Lauterbach etc. lib. II. tit. 1 § 29 in fin.
Bach diss. de prorog. jurisd. in opus 12. 44.
Glück Commentar Bd. III. § 203 p. 182.
Thibaut System (ed. 2) § 1085 a. E.
Martin Lehrbuch (ed. 10) § 60.
Linde Lehrbuch (ed. 5) § 101 p. 126.
Bethmann-Hollweg Vers. nr. 1 p. 11 not. 30.

Die L. 2 § 1 D. de judiciis (5, 1) steht dem nicht entgegen, da durch dieselbe nur die Frage entschieden wird, ob die Unkunde des Prätors über das Einverständniß der Partheien und sein Irrthum über seine Jurisdictions-Befugniß dem Rechtsbestande des von ihm wirklich abgegebenen Erkenntnisses schade, wenn nur die Partheien darüber einverstanden gewesen, sich demselben zu unterwerfen, was verneint wird, woraus aber nicht folgt, daß auch der Prätor sich die Prorogation wider seinen Willen hätte müssen gefallen lassen, wenn er nicht in dem gedachten Irrthume befangen gewesen wäre. So ist auch schon früher von dem Oberappellationsgerichte erkannt worden. Im vorliegenden Falle ist nun aber nicht einmal, wie schon bemerkt worden, von einem vorausgegangenen Einverständnisse der Partheien die Rede, sondern der Kläger verlangt gewisser Maßen, daß das Stadtgericht den Beklagten durch Mittheilung der Klage hätte auffordern oder doch veranlassen und ihm Gelegenheit geben sollen, die Competenz der Frankfurter Gerichte anzuerkennen, wozu überall keine Verpflichtung existirte.

280. Gerichtsstand des Wohnorts eines auswärts Conditionirenden.

Es kann aber auch nicht angenommen werden, daß der Beklagte gegenwärtig ein forum domicilii in Frankfurt habe. Der Kläger hat es freilich an einer genügenden Angabe der persönlichen Verhältnisse desselben in Mannheim fehlen lassen. Er nennt ihn bloß in dem Rubrum seiner Klage „Magazinier ꝛc.“ und führt an, daß er zu Mannheim in Condition stehe, und aus der der

Klage beigefügten Correspondenz ersieht man, daß der Beklagte sich wenigstens schon seit dem 1. März 1841 in Mannheim aufgehalten hat. Aber auch nur dies vorausgesetzt hat der Beklagte gegenwärtig sein forum generale in Mannheim, indem er sich im Dienste bei einem dortigen Fabrikanten befindet und es eine ausgemachte Regel ist, daß die Personen, welche zu Jemandes Gesinde gehören, in dessen Lohn und Brod stehen, weil sie zu der Familie des Herrn gerechnet werden, während ihrer Dienstzeit den allgemeinen Gerichtsstand desselben theilen.

Voet comm. ad Pand. lib. V. tit. 1 § 96.
Glück Commentar § 510 b p. 244. 245.
Dorn Gesinderecht § 207.
Badisches Landr. Satz 109.

Selbst als Fremder, der sich nun schon über 4 Jahre in Mannheim aufgehalten hat, kann er daselbst unbedenklich auf die Erfüllung persönlicher Verbindlichkeiten wenigstens dann belangt werden, wenn nicht nachgewiesen wird, daß er anderswo sein Domicil beibehalten habe.

Ein solches will nun freilich der Kläger daraus ableiten, daß der Beklagte der Sohn eines Frankfurter Bürgers sei, indem er ihn im Rubrum der Klage auch als „Bürgerssohn" bezeichnet, und daß nicht zu ersehen sei, daß er dies in dieser Eigenschaft in Frankfurt erworbene Domicil aufgegeben habe, und überdies beruft er sich auch auf die in der

L. 7 C. de incolis (10, 39)

ausgesprochenen Grundsätze.

Allein nicht zu gedenken, daß der Kläger auch das Verhältniß des Beklagten als Bürgerssohn ganz unaufgeklärt gelassen und nicht einmal angegeben hat, ob der Beklagte in Frankfurt geboren und ob der Vater desselben noch am Leben ist, so reicht auch die Qualität eines Bürgerssohn für sich allein nicht hin, gegen den von Frankfurt abwesenden Beklagten ein forum daselbst zu begründen. Dieser Grundsatz wird nach dem Zeugniß von

Bender Lehrbuch des Frankf. Civilpr. § 27 nte 1.

in Frankfurt sogar in Ansehung der Bürger selbst befolgt, wenn sie nicht mehr in Frankfurt wohnen, und muß daher um so mehr

in Ansehung der Söhne Frankfurter Bürger gelten, die als solche noch gar kein selbstständiges Domicil erworben, sondern nur dasjenige ihrer Eltern getheilt haben.

Anlangend aber die L. 7. C. cit., so ist dieselbe vielmehr dem Kläger entgegen, als ihm günstig. Denn wenn man die in derselben angegebenen Merkmale auf das Verhältniß des Beklagten anwendet, so ist es von selbst klar, daß man von einem Dienstboten, der den Wohnort seiner Eltern seit mehreren Jahren verlassen und sich bleibend an einem anderen Orte aufgehalten hat, nicht sagen kann, daß er sich fortwährend auf der Reise befindet, und ebensowenig hat der Kläger Gründe angegeben, weßhalb der Aufenthalt des Beklagten in Mannheim nicht auch ferner als ein bleibender anzusehen sein dürfte.

281. Ansprüche aus dem außerehelichen Beischlaf. Forum delicti resp. contractae obligationis.

Es bleibt nur noch das von dem Kläger auch besonders hervorgehobene forum delicti commissi sive contractae obligationis übrig, welches in Frankfurt durch die angeblich daselbst stattgehabte Schwängerung der Mutter des klägerischen Pflegekindes und die ebendaselbst erfolgte Geburt des letzteren begründet sein soll. In dieser Beziehung sind nun aber die mehreren Ansprüche, welche in der Klage cumulirt worden, von einander zu trennen, indem sie einer ganz verschiedenen Beurtheilung unterliegen. Anlangend zuvörderst

1. die geforderten Alimente, so ist es ganz unpassend, dabei von einer obligatio ex dilecto zu reden, wie auch das Oberappellationsgericht schon wiederholt angenommen hat. Denn die Verbindlichkeit des Erzeugers eines unehelichen Kindes zur Alimentation desselben beruht nicht auf einem Delicte oder Quasidelicte, sondern ist nach deutscher Praxis eine Folge der durch die Erzeugung des Kindes begründeten Verwandtschaft, und erst in neuerer Zeit hat man es versucht, dieselbe aus einer obligatio ex delicto zu erklären.

Heerwart Beitr. zur Lehre von der Verbindlichkeit zur Ernährung unehelicher Kinder im Civ. Arch. Bd. XIV. n. 18 p. 437 ss.

Soviel nämlich

a. die **alimenta futura** anbetrifft, auf welche das Kind einen eigenen persönlichen Anspruch hat, so ist dieß von selbst klar, indem das Kind natürlich nicht dem Vater seine Erzeugung als ein Delict vorwerfen kann. Aber auch

b. bei dem Anspruche auf die Alimente für die Vergangenheit tritt kein anderer Gesichtspunct ein. Freilich hat das klägerische Pflegekind auf diese keine eigene Klage, weil es mittlerweile schon alimentirt worden ist; vielmehr läßt sich dieser Anspruch nur aus einer **negotiorum gestio** der Mutter für den Vater, welche die Alimente einstweilen für diesen bestritten hat, ableiten, wobei dann weiter angenommen werden müßte, daß das deßfallsige Forderungsrecht der Mutter auf das Kind vererbt wäre.

Busch Darstellung der Rechte geschwächter Frauenspersonen § 194 p. 258 § 206 p. 268. 269.

Allein selbst unter dieser Voraussetzung liegt doch der Grund, vermöge dessen sich die Mutter veranlaßt finden konnte, für den Vater die Alimente auszulegen, in der Alimentationspflicht dieses letzteren gegen das Kind, und fällt mithin dieser Anspruch insoweit ganz mit dem unter **a.** erwähnten zusammen.

Wollte man aber auch, wie das die Meinung des Klägers zu sein scheint, selbst abgesehen von dem Delicte, ein **forum contractus** oder doch ein demselben analoges **forum contractae obligationis** in Frankfurt annehmen, — wiewohl dem schon ohnehin die erheblichsten Bedenken entgegenstehen, — so kommt gegen die Anwendung eines solchen **in concreto** in Betracht, daß der Beklagte weder in Frankfurt gegenwärtig ist, noch, soviel man aus den Acten ersehen kann, Güter daselbst besitzt. Daß es hierauf bei dem **forum contractus** nach gemeinem Proceßrechte, allerdings ankommt, das ergibt eine richtige Auslegung der Vorschrift des canonischen Rechts in

c. 1 § 2 de foro comp. in 6to (2, 21)

und es hat auch diese freilich nicht unbestrittene Meinung, welche in den Territorialverhältnissen des Mittelalters und in dem auf diesen beruhenden **jus de non evocando** eine wesentliche Unter-

stützung findet, bei weitem die Mehrheit der Schriftsteller und eine entschiedene Praxis für sich.

Vgl. Linde über den Gerichtsstand vertragsmäßig eingegangener Verbindlichkeiten im Civ. Arch. Bd. VII. nr. 2 p. 69 und 71 nte. 27.

Jedenfalls aber hat diese Praxis in Frankfurt auf den Grund der

Ref. I. tit. 11 § 1

Wurzel gefaßt; denn wie man auch diese Stelle auslegen mag, so hat sie doch dahin geführt, daß in Frankfurt nicht sowohl darüber gestritten wird, ob ein forum contractus auch ohne persönliche Anwesenheit des Beklagten oder Güterbesitz stattfinde, sondern darüber, ob nicht jedenfalls persönliche Gegenwart erforderlich sei, so daß ohne diese selbst der Güterbesitz nicht genüge.

v. Adlerflycht Priv. Recht Th. V § 38 p. 1140.

Bender Lehrb. des Proc. § 27 sub. 3.

So hat auch das Oberappellationsgericht schon in einer früheren Sache der Gebrüder Bethmann c. A. Kramer de 1841 die Streitfrage in Beziehung auf Frankfurt aufgefaßt und da nun in der gegenwärtigen Sache die beiden vorigen Instanzen ebenfalls ein Gewicht darauf legen, daß nicht nachgewiesen worden, daß der Beklagte Vermögen in Frankfurt besitze, woneben das Stadtgericht noch außerdem die Nichtanwesenheit des Beklagten hervorhebt, so kann man wohl annehmen, daß in Frankfurt ein entschiedener Gerichtsgebrauch darüber bestehe, daß zur Begründung des forum contractus wenigstens eines jener beiden Requisite erforderlich sei.

Was der Kläger dagegen aus den Entscheidungsgründen der Juristen-Facultät zu Heidelberg in Sachen

Gutberlet c. Lichnowsky

anführt, ist von keinem Gewichte. Denn wenngleich darin an einer Stelle allgemein von dem Gerichtsstande aus persönlichen Verbindlichkeiten die Rede ist, so ergibt doch die ganze Ausführung, daß die Verfasser nur das forum delicti commissi als in Frankfurt begründet angenommen haben, bei welchem die oben erwähnten, in Ansehung des forum contractus gesetzlich vorgeschriebenen Beschränkungen allerdings nicht eintreten.

Anders verhält es sich dagegen

2. mit den Satisfactions-Gebühren und Kindbett-Kosten, welche der Kläger, wie schon erwähnt worden ist, ebenfalls mit eingeklagt hat. Dieser Anspruch stand ursprünglich der Mutter des klägerischen Pflegekindes zu und ist dafür, vorausgesetzt, daß die Schwängerung derselben in Frankfurt stattgefunden hat, allerdings ein forum daselbst begründet, nämlich das **forum delicti commissi**. Denn die Verbindlichkeit zur Entschädigung der Geschwängerten

c. 1 X. de adult. et stupro (5, 16)

beruht wirklich auf einem Delicte nämlich auf der Verführung des Frauenzimmers, welche als ein gegen dasselbe verschuldetes Delict betrachtet wird; auch steht ihr zur Geltendmachung der deßfallsigen Ansprüche eine **condictio ex lege** zu, und treten hier, wie gesagt, die Beschränkungen hinsichtlich der Anwesenheit oder des Güterbesitzes des Beklagten nicht ein.

Nichts desto weniger ist auch dieser Anspruch mit Recht zurückgewiesen. Denn selbst abgesehen von dem schon oben Nr. 278. gerügten Mangel der Legitimation des Klägers steht demselben noch ein zweifaches Bedenken entgegen. Einmal das, daß sich dieser Theil der Forderung, für sich allein betrachtet und ohne Hinzurechnung von Alimenten, bei weitem nicht auf fl. 300 beläuft, mithin einen die Competenz des Stadtgerichts begründenden Betrag nicht erreicht und daher bei dem Stadtamte eingeklagt werden mußte. Für's Andere aber könnte das klägerische Pflegkind diesen Anspruch nur als Erbe seiner Mutter geltend machen und fehlt es zur Zeit noch an einer gehörigen Antretung des mütterlichen Nachlasses durch genugsam legitimirte Vertreter des Kindes, wogegen auch die Reformation Th. VI. tit. 2 § 5 nicht angeführt werden kann, indem, wenn man auch diesen Punkt nach Frankfurter Recht beurtheilen wollte, dieser Paragraph bloß von der Immission und nicht von dem Erwerbe der Erbschaft handelt, ein Grund, der übrigens in gleichem Maße, neben den schon oben vorgekommenen Gründen, dem Anspruche auf die bereits verfallenen Alimente entgegensteht, welche der minderjährige C. A. Fresenius ebenfalls nur als Erbe seiner Mutter fordern kann.

282. Rechtskraft. Rücksichtsnahme auf die Gründe des Urtheils.

Sollte indeß dem in der vorigen Nummer gerügten Mangel noch künftig abgeholfen werden und der Vormund des Kindes demnächst wegen dieser Forderungen auf's Neue bei dem Stadtamte klagbar werden wollen, so würde ihm eine exceptio rei judicatae aus dem gegenwärtigen Erkenntnisse nicht opponirt werden können, indem das Stadtgericht die Klage nur aus dem Grunde der mangelnden Legitimation des Klägers und seiner eigenen Incompetenz abgewiesen hat, dies aber der Erneuerung des Antrages vor dem competenten forum nach beschaffter genügender Legitimation nicht entgegensteht. Auch war es nicht nöthig, dies in dem Erkenntnisse selbst auszusprechen, da das Stadtgericht nicht die Forderung an sich verworfen, sondern nur erkannt hat, „daß der gestellte Antrag (bei dem Stadtgerichte) nicht stattfinde", und das Erkenntniß des Appellationsgerichts sich bloß auf die Verwerfung der klägerischen Beschwerden beschränkt.

283. Begründung des Gerichtsstandes, weil das forum domicilii keine Klagrechte gewähre.

Der Kläger hat auch noch zur Rechtfertigung seines Entschlusses, vorzugsweise die Frankfurtischen Gerichte anzugehen, die Unmöglichkeit hervorgehoben, seine Ansprüche bei den Mannheimischen Gerichten geltend zu machen, weil in dem Badischen Landrechte, wie in dem Code Napoléon jede Erforschung einer unehelichen Vaterschaft untersagt sei. Nun könnte freilich diese Rücksicht nie dahin führen, die an sich incompetenten Frankfurter Gerichte competent zu machen. Indeß irrt auch der Kläger, wenn er eine solche Klage nach dem Badischen Landrechte für ganz und gar unstatthaft hält, da im Gegentheile der Satz 340 in dem Zusatze a dieselbe unter gewissen Voraussetzungen allerdings für statthaft erklärt.

CXIX.

Abraham Ellissen dahier, Kläger u. Wiedrbeklagter
contra
Dr. med. Philipp Mombert zu Cassel, Beklagten u. Widerkläger.

Der Wechselsensal Abraham Ellissen stand in Geschäftsverbindung mit Dr. med. Philipp Mombert, indem der letztere dem ersteren Auftrag ertheilte, theilweise Obligationen anzukaufen, Zeitkäufe abzuschließen, Prolongationsgeschäfte zu machen. Die Geschäfte an hiesigem Orte wurden auf den Namen des Abraham Ellissen abgeschlossen. Kläger begründete nunmehr den hiesigen Gerichtsstand durch einen Realarrest und klagte eine Forderung von fl. — aus. Der Beklagte opponirte

1. daß dem Kläger als einem Wechselsensal gesetzlich verboten sei, Käufe und Verkäufe in Staatspapieren auf eigenen Namen zu machen;

2. daß Kläger gar nicht zum Verkaufe der Staatspapiere ermächtigt gewesen sei, indem er demselben nur die Ermächtigung zum Verkaufe von 10 Integralen ertheilt habe; das Postscriptum eines Briefes, wonach Kläger bei dringenden unvorhergesehenen Umständen zum Verkaufe sämmtlicher Integrale ermächtigt werde, sei nicht eingetreten; der Kläger habe dem Beklagten Credit bewilligt, den er nicht unerwartet habe zurückziehen dürfen; es treffe den Beklagten keine mora und, wenn selbst, habe Kläger nur gerichtlich verkaufen dürfen;

3. daß der Kläger die fraglichen Staatspapiere nicht habe selbst übernehmen dürfen; er, Beklagter, verlange deßhalb eine nähere Nachweisung, daß und zu welchen Coursen Kläger verkauft habe;

4. daß der Kläger keine Courtage berechnen dürfe;

5. daß ein Theil der Effecten der Ehefrau des Beklagten gehöre.

Das Stadtgericht erkannte am 24. Januar 1842

I. es sind die von dem Kläger am 15. und resp. 16. Sept. 1840 verkauften Staatspapiere ꝛc. zu folgenden Coursen zu berechnen;

II. ist Beklagter schuldig, die eingeklagten fl. — abzüglich jedoch des bei der sub I. verfügten Berechnung sich ergebenden Minderbetrags, nebst Zinsen — — binnen 3 Wochen an den Kläger zu bezahlen.

Auf beiderseitige Appellation erkannte

1. das Appellationsgericht am 16. März 1842 bestätigend;

2. das Oberappellationsgericht am 21. April 1845 unter Kostencompensation zwar im Uebrigen bestätigend, jedoch daß, soviel die vom Kläger am 15. September 1840 selbst übernommenen zehn Integrale betrifft, deren Cours von 47 auf $47\frac{1}{4}$ Procent zu erhöhen sei, sowie auch die als am 30. September verkauft aufgeführten zehn Integrale von $47\frac{9}{16}$ auf $47\frac{11}{16}$ Procent im Course hinaufzusetzen seien, es könnte und wollte denn, soviel die letztgedachten zehn Obligationen betrifft, der Kläger — beweisen, daß er dieselben zu dem von ihm angegebenen Course an Dritte übertragen habe.

284. Makler. Verbot eigener Geschäfte. Anwendung auf Commissionsgeschäfte für auswärtige Speculanten.

Den Antrag auf gänzliche Abweisung des Klägers hat der Beklagte darauf gestützt, daß der Kläger der Bestimmung des § 3 der Wechselmakler-Ordnung von 1799 entgegengehandelt habe, welcher dahin lautet: „Sollen sie die Wechselmakler an keinem Wechsel- oder anderen Contract, so sie schließen, Theil oder Gewinn haben, sondern sich dessen gänzlich enthalten und darunter keine Gefährde brauchen", indem der Kläger als Wechselmakler für Beklagten Käufe und Verkäufe in Staatspapieren auf eigenen Namen gemacht habe. Es liegt hier aber

a. der Fall, den das Gesetz im Auge hat, gar nicht vor; denn dieses will den Maklern nur verbieten, an den Contracten, welche sie abschließen, für eigene Rechnung Theil zu nehmen; der Kläger

hat aber nur für Rechnung des Beklagten contrahirt und Gewinn und Verlust traf lediglich diesen. Die Ausdehnung, welche

Bender Verkehr mit Staatspapieren p. 237

von ähnlichen Verboten auch auf Commissionsgeschäfte für auswärtige Speculanten, die nicht gerade persönlich auf dem Platze sind, machen will, ist aber durch keine Gründe unterstützt und kann überall nicht gebilligt werden. Dann hat aber

b. der Kläger auch dadurch überall nicht gegen das Gesetz gefehlt, daß er die Aufträge des Beklagten annahm; vielmehr könnte nur darin eine Uebertretung des Gesetzes gefunden werden, daß er mit Dritten in Folge dieser Aufträge Contracte auf seinen eigenen Namen abschloß; es könnten daher auch nur diese Dritte, nicht aber der Beklagte, sich auf die angeführte Vorschrift der Maklerordnung stützen. Auch kann Beklagter nicht etwa einwenden, daß dann doch diese Contracte des Klägers mit Dritten ungültig gewesen sein würden und er daher solche nicht hätte erfüllen, sondern sich deren Ausführung durch Vorschützung der Einrede der Nichtigkeit hätte entziehen sollen; denn der Kläger war auf keinen Fall schuldig, einen solchen wider den guten Glauben streitenden Einwand zu opponiren,

arg. L. 10 § 12 D. mandati (17, 1)

und kann daher auch daraus, daß er dies nicht gethan, von Seiten des Beklagten keine Einrede entnommen werden.

c. Wollte man aber den § 3 cit. auch auf die vom Kläger abgeschlossenen Contracte anwenden, so würde hier doch ein Fall vorliegen, der dem in jenem Gesetze herausgehobenen Ausnahmsfalle, welcher dann eintritt, wenn der Wechselmakler dem Contrahenten ausdrücklich seine Betheiligung anzeigt, ganz gleichzustellen ist; denn da es dem Beklagten von Anfange an bekannt war, sowohl daß Kläger Wechselmakler sei, als auch daß derselbe die Contracte mit den Dritten proprio nomine abschließe, so mußte dies eine besondere Anzeige hierüber überflüssig machen.

285. Rechtzeitigkeit von Reclamationen unter Nichtkaufleuten.

Es kann dem Kläger nicht beigepflichtet werden, wenn er daraus, daß der Beklagte am 15. und 16. September auf die ihm

vom Kläger gemachten Verkaufsanzeigen erst am 19. September geantwortet habe, ableiten will, daß der Beklagte sich des Rechts, diese Verkäufe zu bestreiten, verlustig gemacht habe, und ist um so weniger Grund vorhanden, hier eine stillschweigende Genehmigung der mitgetheilten Verkäufe von Seiten des Beklagten anzunehmen, als von dem Beklagten die von Kaufleuten zu erwartende Präcision nicht mit gleicher Strenge gefordert werden kann und sich diese Zögerung, die überhaupt nur einen und zwei Tage betrug, schon daraus erklärt, daß der Beklagte erst die Antwort auf den von ihm im Briefe vom 15. September näher entwickelten zwar unverständigen, aber, wie das P. S. an die Frau des Klägers zeigt, doch ganz ernsthaft gemeinten Antrag, daß Kläger seine sämmtlichen Papiere übernehmen möge, abwarten wollte und ist daher hier kein hinreichender Grund zu der Vermuthung vorhanden, es habe der Beklagte um deßwillen seine Antwort zurückgehalten, weil er den ferneren Gang, welchen die Preise der Staatspapiere nehmen würden, abwarten wollte.

286. Prolongationsgeschäfte mit Staatspapieren. Beendigung.

Was nun aber die Verkäufe vom 30. September betrifft, so bestreitet Beklagter die Befugniß des Klägers, seine Staatspapiere an diesem Tage zu verkaufen, aus folgenden Gründen:

a. Kläger habe dazu keinen Auftrag gehabt;

b. das Ausbleiben der zur Erfüllung der Engagements, in welche Kläger für den Beklagten getreten war, erforderlichen Fonds habe ihn dazu nicht berechtigen können, vielmehr sei Kläger, nachdem er dem Beklagten einmal Credit bewilligt gehabt, nicht befugt gewesen, denselben unerwartet wieder einzuziehen;

c. auch eine mora des Beklagten würde Kläger nicht zum eigenmächtigen Verkaufe, sondern nur zur Klage berechtigt haben;

d. hinsichtlich der schon am 15. und 16. September verkauften Papiere sei der Beklagte aber überall nicht in mora gewesen, indem die Aufforderung des Klägers im Briefe vom 21. Sept. nicht hierauf gehe, sondern nur von den zu beziehenden Papiere rede;

e. jedenfalls habe Beklagter nicht privatim, sondern nur gerichtlich verkaufen dürfen, eventualiter habe er das durch die Verordnung von 1830 für verpfändete Staatspapiere vorgeschriebene Verfahren zu beobachten gehabt.

Dieses ganze Raisonnement des Beklagten beruht aber auf einer unrichtigen Auffassung der Verhältnisse, wie sie unter den Partheien entweder wirklich bestanden haben, oder wie sie doch bei der übereinstimmenden Darstellung beider Theile als vorhanden angenommen werden müssen. Hiernach liegt hier aber keineswegs ein wirklicher Verkauf von, dem Beklagten gehörigen Effecten vor, sondern der Kläger, der für Beklagten gegen die Prolonganten der Papiere die Verbindlichkeit, dieselben zu beziehen, übernommen hatte, mußte solche entweder wirklich abnehmen oder sich durch Vergütung der Differenz davon ganz frei machen oder auch eine abermalige Prolongation contrahiren und die sich schon damals herausstellende Differenz einzahlen. Einen von diesen drei Auswegen mußte Kläger wählen, um für die von ihm 'proprio nomine contrahirte Verbindlichkeit aufzukommen. Ein wirkliches Beziehen der Papiere würde nun aber die Anschaffung eines großen Capitals erfordert haben, wozu Kläger durchaus keine Verpflichtung hatte und sich deßhalb nicht veranlaßt sehen konnte, weil die Absicht des Beklagten bei allen von ihm beorderten Zeitkäufen auf ein wirkliches Beziehen der Papiere keineswegs gerichtet war, wozu er die Mittel gar nicht besaß.

Aber auch eine weitere Prolongation vorzunehmen war der Beklagte nicht verpflichtet, da er dabei nicht nur die schon eingetretene Differenz hätte bezahlen, sondern sich auch für die weitere Differenz hätte verbindlich machen müssen, die am Ende des Monats abermals entstanden sein möchte. Hierzu konnte Kläger aber um so weniger verbunden sein, als Beklagter ihn zur Besorgung einer abermaligen Prolongation nicht einmal aufgefordert, dagegen bestimmt erklärt hatte, keine Mittel zu besitzen, weitere Differenzen zu bezahlen und für solche auch nicht verantwortlich sein zu wollen.

Wenn Beklagter sich aber auf den vom Kläger ihm einmal bewilligten Credit beruft, so hat eine solche Bewilligung eigentlich

nie stattgefunden — — —. Gesetzt aber auch, es hätte der Kläger dem Beklagten früher wirklich die Ertheilung eines Credits bewilligt gehabt, so lag doch ein hinlänglicher Grund zur Aufkündigung desselben in der im Laufe des Septembermonats gegebenen Erklärung des Beklagten, der, nachdem er schon früher seine Unfähigkeit, fernere Zahlungen zu leisten, ausgesprochen, im Briefe vom 19. September erklärt, für keine Differenzen mehr verantwortlich sein zu wollen, und unter detaillirten Mittheilungen darüber, daß die dem Kläger eingeschickten spanischen Staatspapiere seiner (des Beklagten) Frau Eigenthum seien, den Kläger mit gerichtlichen Reclamationen in Betreff derselben von deren Seite bedroht. Unter diesen Umständen kann es dem Kläger gewiß nicht zum Vorwurfe gereichen, daß er, nachdem er den Beklagten nochmals am 21. September vergeblich aufgefordert hatte, ihn entweder mit den erforderlichen Geldmitteln zu versehen, um die zu beziehenden Papiere abnehmen zu können oder ein Frankfurter Haus zu beauftragen, dieselben gegen den Betrag entgegenzunehmen, ultimo September zur gänzlichen Abwickelung der für den Beklagten übernommenen Verbindlichkeiten schritt und die Papiere des Beklagten nicht abermals in Prolongation gab, sondern dem Inhaber derselben, gegen welchen Kläger zu deren Abnahme verpflichtet war, die Differenz zwischen dem stipulirten Preise und dem Tagescourse vergütete. Ein eigentlicher Verkauf von Effecten, welche des Beklagten Eigenthum und in des Klägers Händen gewesen wären, liegt hier also in der That nicht vor, da auch die vom Beklagten dem Kläger eingeschickten 2 und 3 Stück Integrale schon in Prolongation gegeben waren und also nicht von dem Kläger am 30. September verkauft, sondern demjenigen, der sie in Prolongation hatte, nicht wieder abgenommen wurden, und dafür die durch das inzwischen eingetretene Fallen des Courses dieser Staatspapiere entstandene Differenz bezahlt ward.

Wollte man indessen auch von der Voraussetzung ausgehen, daß der Inhaber der in Prolongation gegebenen Staatspapiere sich nicht mit der Bezahlung der Differenz habe abfinden lassen, sondern die Abnahme der Papiere zu dem stipulirten Course verlangt und dadurch den Kläger genöthigt habe, dieselben entweder

selbst zum Tagescourse zu übernehmen oder dieselben an Dritte zu verkaufen, oder daß Kläger es freiwillig vorgezogen hätte, auf diese Weise die für den Beklagten geschlossenen Geschäfte abzuwickeln, so würde darin für den Beklagten kein Unterschied liegen, dem in dem einen, wie in dem andern Falle die Differenz zwischen dem Prolongationspreise und dem Tagescourse, nie aber mehr zur Last fällt. Der Kläger aber war auch zu einem wirklichen Verkauf der Staatspapiere allerdings berechtigt, und der Beklagte als Committent, der den Kläger, seinen Commissionär, im Stiche gelassen hat, kann sich nicht beschweren, wenn dieser, nachdem er ihn vorher gehörig, aber vergeblich aufgefordert hatte, die erforderlichen Anstalten zu treffen, um ihn in die Lage zu setzen, die für ihn übernommenen Verbindlichkeiten erfüllen zu können, in der Verlegenheit, worin er von ihm gelassen ward, zu dem Verkaufe der Staatspapiere geschritten ist und jetzt Erstattung der Coursdifferenz fordert. Ueber die Zulässigkeit eines solchen Verfahrens und einer Klage auf Coursdifferenz von Seiten des Verkäufers hat sich das Oberappellationsgericht auch schon wiederholt ausgesprochen.

Fr. S. J. W. Voigt c. G. W. Clausius 1825
Jacob Maas c. Johann Mertens 1830.

Der Einwand des Beklagten ad d ist aber ganz leer; denn wenngleich der Kläger den Beklagten nur hinsichtlich der Papiere, welche er als noch unverkauft ansah, zur Uebermachung von Geldmitteln auffordern konnte, so ergibt sich doch von selbst, daß Beklagter die Aufforderung des Klägers auch auf diejenigen Papiere beziehen mußte, welche ihm als am 15. und 16. September verkauft aufgegeben waren, sobald er diese Verkäufe nicht anerkennen und das Verhältniß so auffassen wollte, als habe Kläger diese Papiere noch für ihn am 30. September zu empfangen.

Ebenso wenig kann es ad e dem Kläger zum Vorwurfe gemacht werden, daß er nicht gerichtlich verkauft habe, wozu Kläger selbst dann, wenn er die Papiere des Beklagten nicht Dritten in Prolongation gegeben, sondern dieselben selbst in Prolongation genommen haben sollte, nicht verpflichtet gewesen wäre, da die zu verkaufenden Effecten unter dieser Voraussetzung das Eigenthum

des Klägers waren, auch der Zweck des Verkaufs durchaus nicht mit der mit jedem gerichtlichen Verfahren unausbleiblich verbundenen Zögerung vereinbar war. Die Verordnung vom 20. April 1830, die Versteigerung verpfändeter und nicht eingelöster Obligationen betreffend, kann aber schon um deßwillen keine Anwendung finden, weil sie nur auf verpfändete Staatspapiere geht, von denen es sich hier nicht handelt, da das Hingeben von Staatspapieren in Prolongation keine Verpfändung, sondern ein Verkauf mit der Verpflichtung zum Rückkaufe ist, und Kläger jedenfalls ihm gehörige und keineswegs dem Beklagten eigenthümliche, ihm nur verpfändete Papiere anderweit verkauft hätte.

287. Prolongationsgeschäfte mit Staatspapieren. Prästation der höchsten Diligenz.

Es waren aber bei der Verurtheilung des Beklagten zwar nur die Course dieser Tage (an denen Kläger die Papiere dem Beklagten als verkauft angegeben hatte) zum Grunde zu legen, indessen konnte es doch nicht ohne alle rechtliche Folgen bleiben, daß der Kläger — — die 10 Integrale am 15. September selbst übernommen hat, und hat bei diesem Posten der Kläger ebensowohl den höchsten Cours vom 15. September zu vergüten, als der höchste Cours vom 30. September bei denjenigen Papieren, welche er am 15. und 16. September, aber unbefugter Weise, nach der mit der Klage producirten Abrechnung theilweise selbst übernommen, theilweise verkauft haben will, schon von den vorigen Gerichten in der abgegebenen Entscheidung zum Grunde gelegt ist; denn wie schon das Stadtgericht in seinem Erkenntnisse sub 9 ganz richtig bemerkt hat, lag es dem Kläger ob, die höchste Diligenz bei den für den Beklagten abgeschlossenen Geschäften anzuwenden. Wenn nach dem in voriger Nummer Angeführten es dem Kläger nämlich auch frei stand, statt diese Geschäfte mit Dritten abzuschließen, die Papiere selbst zu übernehmen, so darf eine solche Selbstübernahme doch nie zum Nachtheile des Beklagten gereichen und entspricht es daher nur der Billigkeit, daß da, wo kein wirklich mit Dritten abgeschlossenes Geschäft vorliegt, der höchste Cours, der an diesem Tage bei Geschäften mit Dritten

wirklich gemacht worden ist, vom Kläger vergütet werde. — — Im Courszettel findet sich für Integrale der Cours von $47^{11}/_{16}$ als wirklich bezahlter Preis notirt. Eben diesen höchsten Tagescours muß Kläger daher dem Beklagten auch für diese als am 30. September verkauft aufgeführten — — 10 Integrale vergüten, wenn er nicht nachweist, daß er dieselben zu den von ihm in Rechnung gestellten weniger hohen Preise an diesem Tage wirklich an Dritte übertragen habe, und war daher der für diese Effecten berechnete Cours, sowie im Urtheile geschehen, zu erhöhen, jedoch unter Nachlassung des dort dem Kläger freigestellten Beweises, wenngleich bei der Geringfügigkeit des Unterschieds zwischen diesen beiden Coursen vom Kläger wohl erwartet werden darf, daß er von diesem Rechte zur Vermeidung von größeren Kosten und Weitläufigkeiten keinen Gebrauch machen werde.

288. Art. 37 d. J. R. A.

Es konnte aber kein Bedenken haben, bei der Feststellung der vom Kläger dem Beklagten zu berechnenden Course die vom Kläger beigebrachten Courszettel ohne Weiteres zum Grunde zu legen; denn wenn Beklagter gleich dieselben beiläufig für unbeweisend erklärt hat, so kann darauf doch keine Rücksicht genommen werden, da Beklagter nach art. 37 d. J. R. A. von 1654 verpflichtet gewesen wäre, specifice zu erklären, inwiefern es sich in Betreff der Course anders, als vom Kläger angegeben worden, verhalte, dies aber nicht gethan hat, und daher, nachdem das in art. 37 angedrohte Präjudiz der Präclusion durch art. 34 der prov. Gerichtsordnung aufgehoben und an dessen Stelle die poena confessi getreten ist, angenommen werden muß, daß Beklagter die Richtigkeit der in den beigebrachten Courszetteln angegebenen Course eingeräumt habe, eine Annahme, die hier um so unbedenklicher ist, weil der Beklagte selbst die Frankfurter Course anderer Tage durch die Courszettel desselben Maklers nachzuweisen versucht hat.

289. Commissionär. Courtage.

Bei den Ansätzen für Courtage kann es im Allgemeinen keinen Anstand haben, daß dem Kläger eine Remuneration für

seine Bemühungen zukommt, welche ihm überdies vom Beklagten wiederholt zugesagt und deren Berechnung im Voraus gutgeheißen ist. — Es mußten, wenn man berücksichtigt, daß sich der Kläger außer der Courtage keine Provision berechnet hat, aber auch die Ansätze in quanto, zumal bei der großen Correspondenz als nicht übertrieben erscheinen; da alles, was in der Rechnung unter dieser Rubrik vorkommt, nur fl. 105. 45 kr. beträgt, und wenngleich die gebrauchte Benennung von Courtage dem wahren Verhältnisse nicht angemessen gehalten werden kann, so kann doch hierauf nichts ankommen, sobald die Vergütung überhaupt als eine angemessene erscheint.

290. Staatspapiere au porteur. Einwand des Beklagten, sie seien Eigenthum seiner Ehefrau.

Endlich ist noch die Beschwerde des Beklagten zu berühren, daß die mit Arrest belegten Effecten — — nicht sein, sondern seiner Ehefrau Eigenthum seien. Dieser Einwand ist aber gleichfalls mit Recht in den vorigen Instanzen verworfen worden; denn derselbe ist in dem Munde des Beklagten, der die fraglichen Staatspapiere dem Kläger selbst theils als ihm gehörig eingesandt, theils sie durch den Kläger für sich hat ankaufen lassen, jedenfalls eine unzulässige exceptio de jure tertii. Es würde aber auch nach

art. 1. der Verordnung v. 8. Juli 1817 über das Verbot der Vindication der auf den Inhaber gestellten Schuldverschreibungen,

welcher jeden dritten Besitzer solcher Papiere, der dieselben auf redliche Weise erhalten hat, gegen alle Vindicationsansprüche des Eigenthümers schützt, selbst wenn die Ehefrau des Beklagten interveniendo aufgetreten wäre und angebliche Eigenthumsrechte an den Obligationen hätte geltend machen wollen, dieselbe ebenfalls haben zurückgewiesen werden müssen, da bei einer solchen in Frankfurt gegen einen dortigen Einwohner angestellten dinglichen Klage auch das Frankfurter Recht allein Norm gebend sein würde.

CXX.

Johann Heinrich Witte, Kläger u. Widerbeklagter
contra
Johann Dietrich Heitmann et uxorem, Beklagte und Widerkläger.

Johann Heinrich Witte klagte gegen die J. D. Heitmann'schen Eheleute auf Grund eines schriftlichen Miethcontracts den am 1. December 1843 fällig gewesenen halbjährigen Miethzins zu fl. 1200 pr. Jahr aus. Die Beklagten opponirten die Einrede des dolus, der darauf gegründet wurde, daß zwischen des Beklagten Ehefrau und dessen ersten Ehemanne und dem Kläger seit dem Jahr 1838 ein Miethvertrag in Betreff derselben Localitäten bestanden habe, welcher zur Zeit der Errichtung des neuen Miethvertrags noch drei Jahre zu laufen gehabt und nach welchem der Miethzins nur 954 fl. betragen habe. Kläger habe nun den Eintritt des Beklagten in diesen früheren noch laufenden Contract verlangt und als Beklagter sich hierzu bereit erklärt hätte, sei an die Stelle jenes früheren Miethvertrags der neue, der Klage beigelegte Contract von dem Kläger angefertigt und in diesem der jährliche Miethzinsbetrag auf 1200 fl. erhöht worden, während er, Beklagter, erst vor Kurzem den wahren Miethbetrag von 954 fl. erfahren habe. Beklagter gründete hierauf die Einrede der Compensation und eine Widerklage auf Herausgabe des zu viel Bezahlten.

Das Stadtgericht verwarf am 26. April 1844 diese Einrede und verurtheilte die Beklagten dem Klagantrage gemäß. Auf Appellation der Beklagten wurde dieses Urtheil vom Appellationsgerichte am 21. Juni 1844 pure, vom Oberappellationsgerichte am 28. April 1845 unter Compensation der Kosten zweiter und dritter Instanz nur in dem Falle bestätigt, daß die Beklagten nicht beweisen könnten, daß bei Errichtung des

Miethcontracts vom 19. Juli 1841 der Kläger gegen den Mitbeklagten Heitmann angegeben habe, daß der Miethzins für die fraglichen Localitäten auch schon nach dem bisherigen Miethcontracte 1200 fl. jährlich betrage, wogegen dem Kläger sowohl der Gegenbeweis, als auch der Beweis der Replik vorbehalten werde, daß dem Mitbeklagten Heitmann damals bekannt gewesen sei, daß dieser Miethzins nach dem letztgedachten Contracte nur 954 fl. jährlich betragen habe.

291. Miethvertrag. Abschluß eines neuen, während der ältere noch läuft.

Wenn, wie hier, während noch ein älterer Miethcontract läuft, über dieselben Localitäten mit denselben Personen, welche der ältere Contract angeht und denen dessen Existenz bekannt ist, ein anderer Miethvertrag mit abweichenden Bestimmungen in der Form eines neuen selbstständigen Vertrags, ohne alle Bezugnahme auf den früheren abgeschlossen wird, so ist dadurch der ältere Contract von der Zeit an, wo der neue läuft von selbst aufgehoben, wenngleich der letztere hierüber keine ausdrückliche Erklärung enthält. Wollte man übrigens — was der Sachführer der Beklagten (bei seinem Antrage, daß es nach dem ältern Contracte zu gehen habe, wenn Kläger nicht beweisen könne, daß die Contrahenten durch Errichtung des späteren Vertrags die Absicht gehabt hätten, den ersteren aufzuheben) im Auge gehabt zu haben scheint, — hier auch die Vorschrift der L. 8. C. de novat. (8, 42) anwenden, so würde dies zu demselben Resultate führen, indem alsdann der neue Contract keineswegs ungültig sein, sondern nur der alte Contract noch daneben bestehen, also der Kläger einen Miethzins von 954 fl. aus beiden Contracten, außerdem aber einen Mehrbetrag von 246 fl. aus dem neuen zu fordern haben würde.

292. Miethvertrag. Einrede des dolus. Replik, die mitbeklagte Ehefrau sei nicht getäuscht.

Die Einrede besteht darin, der Kläger habe bei Errichtung des neuen Contracts gegen den Mitbeklagten Heitmann fälschlich angegeben, daß dieser Contract mit dem älteren hinsichtlich des Betrages des Miethzinses übereinstimme; jener Contract sei also

für Heitmann, welcher denselben, hierdurch getäuscht, genehmigt und unterschrieben habe, nicht verbindlich.

Diese Einrede ist in den vorigen Instanzen deßhalb verworfen worden, weil hierbei die factischen Behauptungen der Beklagten in zwei Puncten ungenügend seien, indem nämlich dieselben nicht gehörig behauptet hätten:

1. daß vor der Errichtung des Contracts [2] der Acten zwischen dem Kläger und Heitmann eine feste Verabredung, daß Letzterer unter denselben Bedingungen in den früheren Miethcontract eintreten solle, getroffen worden sei, und

2. daß bei der Errichtung jenes Contracts der Kläger gegen Heitmann angegeben habe, der jährliche Miethzins betrage nach dem älteren Contracte ebenfalls 1200 fl. —

Diese Gründe können jedoch nicht für zutreffend erachtet werden. Denn über den Punct unter 2., — worüber sich die Beklagten in der jetzigen Instanz ganz bestimmt erklärt haben — findet sich schon in ihrer ersten Vernehmlassung eine deutliche, jedenfalls nothdürftige Behauptung, wie denn auch der Kläger in der Replik gegen diesen Theil des Vorbringens der Beklagten keine solche Erinnerung gemacht hat; anlangend aber den Umstand unter 1. so fehlt es freilich hierüber — selbst wenn man das in der jetzigen Instanz Angeführte hinzunimmt — an einer genügenden Behauptung der Beklagten, indem Alles, was darüber in den Acten vorkommt, ebensogut von bloßen vorläufigen Besprechungen über die Errichtung eines schriftlichen Contracts verstanden werden kann; allein jener Umstand erscheint überall nicht als erheblich und wesentlich. Wenn nämlich Heitmann bei der Errichtung des fraglichen Contracts auch kein festes Recht gehabt hat, für einen jährlichen Miethzins von 954 fl. zu wohnen, also durch den behaupteten dolus des Klägers nicht inducirt worden ist, ein solches Recht aufzugeben, so liegt dennoch in diesem dolus ein rechtlicher Grund für die Rescission des Contracts, weil die Rücksicht, theils daß schon bisher ein Miethzins von 1200 fl. für dieselben Localitäten bezahlt worden, theils daß die Ehefrau des Beklagten ohnehin verpflichtet sei, diesen Miethzins noch drei Jahre lang, als wie lange nach der obgedachten Angabe der

Beklagten der alte Contract noch zu laufen hatte, zu bezahlen, nach der Natur der Sache sehr wohl von Einfluß auf seinen Entschluß gewesen sein kann, sich zu einer Miethe von 1200 fl. jährlich zu verstehen.

Da nun auch die freilich nicht zu verkennende Unwahrscheinlichkeit dieses ganzen Vorbringens der Beklagten nicht dahin führen kann, ihnen einen Beweis, den sie bestimmt verlangen und über dessen Versagung sie Beschwerde führen, abzuschneiden, so mußte ihnen derselbe nachgelassen werden. — — —

Dieser Beweis war nur auf die Thatsache zu richten, daß der Kläger die gedachte Angabe — deren Unrichtigkeit, wenn sie stattgefunden hätte, von ihm eingeräumt wird — gegen Heitmann gemacht habe, und die Behauptung des Klägers, es sei dem Heitmann damals bekannt gewesen, daß der Miethzins nach dem früheren Contracte nur 954 fl. betragen, ist eine zu dem indirecten Gegenbeweise des Klägers gehörende Replik, da das Fundament der exceptio doli in dem bloßen dolus besteht, ohne daß eine dadurch bewirkte Täuschung bewiesen zu werden braucht; was schon daraus folgt, daß derjenige, welcher, um einen gewissen Zweck zu erreichen, einem Anderen eine Unwahrheit sagt, hierdurch selbst seine Ansicht zu erkennen gibt, daß die Wahrheit dem Anderen nicht bekannt sei.

Ueber den Einwand des Klägers, daß die exceptio doli wenigstens der Heitmann'schen Ehefrau nicht zu Statten kommen könne, da diese nach der eigenen Darstellung der Beklagten nicht getäuscht worden sei, war für jetzt nicht zu erkennen, indem der obgedachte Beweis jedenfalls in Beziehung auf den Beklagten Heitmann nachgelassen werden mußte und der Einfluß, welchen dessen Führung auf das Verhältniß der Heitmann'schen Ehefrau haben würde, zu dem eventualiter vorbehaltenen anderweiten Erkenntnisse des Stadtgerichts gehört. Es erschien auch um so weniger als angemessen, hierüber schon jetzt zu entscheiden, da es bei diesem Puncte auf zweifelhafte Fragen des Frankfurter Rechts, nämlich darauf ankommt, ob die Berechtigung, welche die Heitmann'sche Ehefrau aus dem

früheren Miethcontracte hatte, für einen Miethzins von 954 fl. zu wohnen, nach der

Ref. II. tit. 3 § 3

als ein immobile zu betrachten und ob auf die einseitige Aufgebung eines solchen Immobiliarrechts die Vorschrift der

Ref. III. tit. 6 § 4

anzuwenden, mithin jene Aufgebung im Interesse des Ehemannes überhaupt ohne rechtliche Wirkung sei.

Orth Anmerkung III. p. 63.

CXXI.

Johann Heinrich Witte dahier, Kläger

contra

Johann Dietrich Heitmann et uxorem dahier, Beklagte.

Der Kläger klagte gegen die Beklagten den weiteren Miethzins vom 1. December 1843 bis zum 1. April 1844, sowie, da die Beklagten in Folge der Kündigung nur einen Theil der Localitäten geräumt hatten, einen Miethzins von 300 fl. für die innebehaltene Wohnung vom 1. April 1844 bis zum Tage der Räumung ein. Die Beklagten opponirten dieselbe Einrede, wie in der vorhergehenden Sache und bestritten die Gültigkeit der Kündigung. Das Stadtgericht verurtheilte am 3. Juli 1844 die Beklagten zur Zahlung des Miethzinses bis zu dem 1. April 1844 und zur Räumung innerhalb 14 Tagen und ließ dem Kläger den Beweis nach, daß ein jährlicher Miethzins von 300 fl. der von den Beklagten innehabenden Wohnung angemessen sei. Auf Appellation der Beklagten wurde dieses Urtheil vom Appellationsgerichte am 6. September 1844 pure, dagegen unter Compensation der Kosten zweiter und dritter Instanz vom Oberappellationsgerichte am 28. April 1845 nur in dem Falle bestätigt, daß die Beklagten, soviel die Räumung und den Miethzins bis zum

1. April 1844 betrifft, den ihnen in der unter denselben Partheien anhängigen Sache (Nr. CXX.) mittelst Erkenntnisses vom heutigen Tage nachgelassenen Beweis, (wobei jedoch die dort für den Kläger gemachten Vorbehalte gleichfalls zu berücksichtigen seien) in der gedachten anderen Sache nicht erbringen würden.

293. Miethzinsforderung. Einrede der Litispendenz.

Die Beklagten haben gegen die klägerischen Anträge die dilatorische Einrede vorgebracht, es sei über diese Fragen lis pendens in der zwischen denselben Partheien anhängigen Sache wegen Miethzinses und diese letztere verhalte sich in jener Hinsicht zu der jetzigen Klage als eine Präjudicialsache, mithin sei die jetzige Klage, insoweit nach zur Zeit, bis zur rechtskräftigen Erledigung der ersten Sache, abzuweisen. Diese Einrede ist jedoch ungegründet. Denn beide Klagen haben verschiedene Gegenstände, die erste den Miethzins vom 1. Juni bis zum 1. December 1843, die zweite den Miethzins vom 1. December 1843 bis Ende März 1844 und die Räumung der Wohnung; es ist hier also weder eine Litispendenz,

Vgl. L. 23 D. de exc. rei jud. (44, 2)

noch das Verhältniß einer Präjudicialsache. Die Connexität besteht vielmehr darin, daß die Beklagten gegen beide Klagen zum Theile dieselben Einreden vorgebracht haben, wodurch der Kläger an der Ausübung des ihm an sich zustehenden Rechts, die zweite Klage sofort anzustellen, nicht gehindert werden kann, und dieses Verhältniß hat nur die Folge, daß — wie unten auszuführen ist — das endliche Erkenntniß in dieser Sache mit auf den Ausfall jenes Einredebeweises in der ersten Sache zu verstellen war. — — — Mit den vorgeschützten Einreden verhält es sich nämlich in der vorliegenden Sache ganz ebenso, wie in der ersten; — — — es wird deßhalb auf die Entscheidungsgründe in der ersten Sache verwiesen. Auch steht der Nachlassung eines Beweises die in der vorigen Instanz angeregte Illiquität der exceptio doli nicht entgegen, da der Kläger nicht nur im ordentlichen Processe geklagt, sondern auch mit seinen liquiden Ansprüchen die illiquide Miethzinsforderung für die Zeit vom 1. April 1844 an cumulirt hat,

worüber er seinerseits erst noch Beweis führen muß. Natürlich konnte jedoch, da der in der ersten und in der zweiten nachzulassende Beweis völlig derselbe ist, kein doppeltes Beweisverfahren stattfinden, sondern die ganze Beweisführung in Beziehung auf beide Sachen muß in der ersten Sache geschehen und das eventuelle anderweite Erkenntniß in der zweiten Sache war mit auf den Ausfall dieser Beweisführung zu verstellen.

294. Miethvertrag. Kündigungsrecht wegen Rückstandes. Annahme einer Abschlagszahlung von Seiten des Vermiethers.

Die Beklagten haben noch gegen den Antrag auf Räumung die besonderen Einwendungen gemacht, die Kündigung sei auch aus dem Grunde unstatthaft gewesen, weil sie auf den Termin vom 1. Juni bis zum 1. December 1843 eine Abschlagszahlung von 270 fl. geleistet hätten, indem theils der Kläger nach § 4 des Contracts nur dann zu einer solchen Kündigung befugt gewesen sein würde, wenn die Beklagten mit einem ganzen Termine im Rückstande geblieben wären, theils derselbe durch die Annahme jener Abschlagszahlung auf sein Kündigungsrecht verzichtet habe. Allein diese beiden Behauptungen sind ungegründet. Denn

1. die Befugniß des Klägers, das im § 4 des Contracts stipulirte Kündigungsrecht auch wegen eines theilweisen Rückstandes auszuüben, folgt aus der bei der lex commissoria geltenden gesetzlichen Regel,

L. 4 § 1 D. de lege commiss. (18, 3)

welcher Bestimmung des römischen Rechts das

c. 9 X de poenis (5, 37)

nicht entgegensteht, da jedenfalls diese letztere Stelle nur von einer Conventionalstrafe redet und nicht auf eine lex commissaria ausgedehnt werden kann; eine Abänderung jener gesetzlichen Regel aber ist in den Worten des § 4 des Contracts „Im Falle die Miether mit einem Zinstermine vier Wochen im Rückstande bleiben" nicht erfindlich.

2. Ein Verzicht auf das Kündigungsrecht würde nach

L. 6 § 2 D. de lege commiss. (18, 3)

nur dann vorhanden sein, wenn der Kläger die fragliche Abschlags-

zahlung erst nach dem Ablaufe der Zeit, von wo an er wegen der mora der Beklagten kündigen konnte, also nach dem 28. December 1843 angenommen hat; und hierüber fehlt es an jeder Behauptung von Seiten der Beklagten.

CXXII.

Levy Weinmann aus Altona, Kläger u. Widerbeklagter

contra

Theodor Mohr dahier, Beklagten u. Widerkläger.

Levy Weinmann klagt gegen Theodor Mohr auf Bezahlung von fl. — als dem Ankaufspreise näher verzeichneter Waaren, die Beklagter, der Klägers Banquier und Spediteur gewesen, eigenmächtig um fl. — verkauft habe, sowie auf Vergütung des höhern Werthes, welchen diese Waaren über den Ankaufspreis bis zum Endurtheile erreichen würden.

Th. Mohr stellt eine Arrestklage gegen L. Weinmann an auf Zahlung seines Guthabens von fl. —, die, nachdem der Arrest erlassen und durch Bürgschaft erledigt war, als Widerklage aufgefaßt wurde.

Der Beklagte gibt an, er habe obgleich er unlimitirten Verkaufsauftrag gehabt, den Verkauf der Waare auf den unbefugten Einspruch des Klägers wieder redressirt, wovon er dem Kläger Nachricht gegeben, sowie davon, daß die Waare sich auf des Beklagten Lager befinde. Der Kläger leugnet diesen Sachverhalt, sowie die Identität der Waare, und verlangt eventuell Entschädigung wegen entzogener Disposition über die Waare während 20 Tagen zwischen der Verkaufsanzeige und der Anzeige des redressirten Verkaufes.

In der Widerklage opponirt Widerbeklagter die Einrede der Dunkelheit, während Kläger die Replik entgegensetzt, daß der Erstere den ihm ertheilten Contocorrent anerkannt habe.

Das Stadtgericht erkannte am 17. März 1843:

1. auf den vom Beklagten zu führenden Beweis der Identität der Waare;

2. in der Widerklage unter Abweisung einzelner Posten wegen Dunkelheit, auf den vom Widerkläger zu führenden Beweis,

a. daß Widerbeklagter den ihm bis einschließlich zum Posten 71 ertheilten Contocorrent anerkannt habe;

b. daß er die Ausgaben in folgenden Posten ꝛc. gehabt habe.

Nachdem sich nach Erlaß dieses Urtheils herausgestellt hatte, daß der Contocorrent [8] act. dem Kläger gar nicht mitgetheilt worden war, focht der Kläger neben seiner Beschwerdeführung gegen die Entscheidung in der Vorklage das Verfahren in der Widerklage als nichtig an. Das Appellationsgericht erkannte, unter Verurtheilung des Klägers in $^5/_8$ der Kosten, am 29. November 1843, daß das stadtgerichtliche Erkenntniß im Uebrigen zu bestätigen, jedoch abändernd dem Beklagten und Widerkläger der Beweis über die Richtigkeit der Posten 6 und 64 in [38] act nachzulassen sei. Auf Appellation des Klägers erkannte, unter Compensation der Hälfte der Kosten zweiter und dritter Instanz und unter Verurtheilung des Klägers in die andere Hälfte, das Oberappellationsgericht am 31. Mai 1845, das vorige Urtheil im Uebrigen bestätigend,

1. daß Beklagter bei dem Posten 30 die Richtigkeit der Frachtforderung nachzuweisen habe;

2. daß derselbe mit den Posten unter 72 u. folg. als dunkel angebrachter Maßen abzuweisen und

3. daß der Kläger wegen der Posten 34 ꝛc. in einem vom Stadtgerichte dazu anzusetzenden Termine sub praejudicio confessi sich darüber speciell zu erklären schuldig sei, ob er bei diesen Posten etwas und eventualiter, was er dabei zu erinnern habe.

295. Widerrechtlicher Verkauf der Waare. Prästation des Schadens.

Es fragt sich, welchen Werth der Beklagte zu vergüten hat, — — von den Waaren, welche nicht zurückgeliefert werden. — — — Hier muß als Grundsatz angenommen werden, daß dem

Kläger so viel vergütet werden müsse, als er für die nicht in natura zurückgelieferten Waaren erhalten hätte, wenn dieselben vom Beklagten nicht verkauft worden wären. Es ist daher ganz gleichgültig, ob Beklagter Spediteur oder Verkaufs-Commissionär gewesen sein mag.

Was er aber ohne den Verkauf des Beklagten gehabt haben würde, besteht in dem Werthe, den die Waaren um die Zeit hatten, als sie vom Beklagten verkauft wurden, und es kann namentlich auf den Preis, wofür der Kläger in früherer Zeit die Waaren vielleicht eingekauft hat, nichts ankommen, — viel weniger ist — wie Kläger verlangt — darauf zu sehen, welchen Werth Waaren dieser Art bis zur endlichen Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreites irgend einmal erlangen werden. — Letzteres ist aus dem Gesichtspuncte des Schadensersatzes schon deßhalb unmöglich, weil sich gar nicht behaupten und erweisen läßt, daß der Kläger, wenn er die Waaren zu seiner Verfügung behalten hätte, sie gerade im Zeitpuncte ihres höchsten Werthes verkauft haben würde. Daher hat denn auch der Kläger selbst den Ersatz des höchsten Werthes nur aus dem Gesichtspuncte einer Strafe für den unbefugten Verkauf ansehen wollen. Eine solche Strafe ist aber nirgends gesetzlich vorgeschrieben und es kann sich auch der Kläger nicht auf die Principien der mora berufen, indem es, wie das Oberappellationsgericht schon häufig erkannt hat, ein ganz falscher Grundsatz ist, daß jeder morose Schuldner den höchsten Werth der ganzen Zwischenzeit ersetzen müsse.

Auch der Einkaufspreis kann für sich allein nicht in Betracht kommen, weil darin keine Werthbestimmung für künftige Zeiten liegt.

Dahingegen kommt es um so gewisser auf den Werth zur Zeit des vom Beklagten vorgenommenen Verkaufs an, je deutlicher der Kläger zu erkennen gegeben hat, daß er selbst um diese Zeit den Verkauf vorgenommen hätte, wenn ihm nicht vom Beklagten gemeldet worden wäre, daß die Waaren bereits verkauft seien. —

Die vorigen Gerichte haben nun die vom Beklagten angesetzten Verkaufspreise zum Maßstabe des wahren Werthes zur Zeit des Verkaufs angenommen, wobei dem Kläger nur noch und zwar bis zum

Betrage der agendo von ihm geforderten Preise, der Beweis nachgelassen ist, daß die Waaren damals, nämlich am 1. Juni 1842 mehr werth gewesen seien. Hier könnte freilich die Frage entstehen, ob nicht die Beweislast hätte anders vertheilt, also dem Beklagten nicht hätte auferlegt werden sollen, zu beweisen, daß die Waaren quaest. zu jener Zeit nur den von ihm angegebenen Werth wirklich gehabt hätten? Allein es kann dies dahin gestellt bleiben; denn hierauf hat der Kläger seine Beschwerden nicht gerichtet. — — —

Zu der ersten Beschwerde in der Vorklage gehört eigentlich auch noch der bei Gelegenheit der dritten Beschwerde in reconventione in zweiter Instanz ausgeführte Satz, daß ihm, dem Kläger, doch eine Schadensvergütung dafür hätte zuerkannt werden müssen, daß zwischen dem widerrechtlichen Verkaufe und der Anzeige von der Redressirung desselben 20 Tage verlaufen, während solcher Zeit aber ihm die Disposition über die Waaren quaest. entzogen gewesen sei, dadurch sei allerdings ein Schaden entstanden, weil die Waaren inzwischen im Preise gefallen und seit der Zeit noch mehr gefallen seien. Dies würde nun gewiß viel für sich haben, wenn nicht aus den eigenen Erklärungen des Klägers hervorginge, daß er durch einen Verkauf zum wahren Werthe der Waare am 1. Juni 1842 und durch die verspätete Anzeige der Redressirung des Verkaufs überall keinen Schaden erlitten hat. — — —

296. Nichtigkeit des Verfahrens. Nichtigkeitsbeschwerde verbunden mit der Appellation.

In Betreff der Widerklage hat der Kläger als Hauptbeschwerde vorangestellt, daß nicht das ganze Arrestverfahren als null und nichtig cassirt und somit nicht die ganze Widerklage — — abgewiesen worden sei. Hierbei ist hauptsächlich davon ausgegangen, daß dem Kläger das Actenstück, welches unter [8] zu den Acten erster Instanz gekommen und vom Stadtgerichte, ebenso wie [7] für eine Anlage zur Klage gehalten und beim Erkenntnisse erster Instanz mehrfach in Bezug genommen ist, überall nicht mitgetheilt, er also darüber gar nicht gehört worden sei. Wirklich

haben auch die Verhandlungen in voriger Instanz die Richtigkeit der Angabe des Klägers in dieser Hinsicht bestätigt und es läßt sich nicht verkennen, daß die unterbliebene Mittheilung jenes Actenstückes [8] an den Kläger als ein wesentlicher Mangel im Verfahren zu betrachten ist. — — — Demnach hätte dem Antrage des Klägers auf Cassation des Verfahrens, soweit jene Unterlassung desselben auf die Vertheidigung **in reconventione** von Einfluß gewesen ist, abgesehen von dem nachher zu erwähnenden Grunde für das Gegentheil, eigentlich stattgegeben werden müssen. Zwar hat der Beklagte mit der Replik in der Anl. Nr. 6 eine neue Rechnung überreicht, allein theils ist dadurch der Mangel jener Mittheilung nicht ganz ersetzt worden, weil [8] hin und wieder noch deutlicher ist, als [38], theils konnte der Beklagte sich jedenfalls nur erst in der Duplik auf die Abrechnung des Beklagten, soweit solche nicht schon in [7] deutlich vorlag, erklären, es wäre mithin insoweit immer die Exceptionshandlung mit den daran geknüpften Folgen für ihn verloren. Zwar kannte er bei der Rechtfertigung seiner Appellation an die zweite Instanz schon das Actenstück [8], aber es konnte ihm nicht zugemuthet werden, in zweiter Instanz nachzuholen, was er in erster Instanz zu verhandeln ein vollkommenes Recht hatte.

Wenn nun dennoch der Antrag auf Cassation des Verfahrens **in reconventione** verworfen werden mußte, so beruht dies darauf, daß hier mit der Nichtigkeitsbeschwerde die Appellation verbunden wurde, und daß im Wege der letzteren dem Beklagten genügend geholfen werden kann, wie dies die Folge ergeben wird. In solchem Falle ist es aber den Rechten gemäß, daß nicht das bisherige Verfahren als nichtig verworfen, sondern in der Hauptsache erkannt wird, was Recht ist.

— — — Indem nun in Ansehung der hier genannten Posten verfügt ist, daß der Kläger noch erst beim Stadtgerichte gehört werden soll, fallen auch ihrentwegen die Nachtheile weg, welche die frühere unterlassene Mittheilung von [8] für den Kläger etwa gehabt haben mag.

L. G. O. Th. III. tit. 34 § 1.

297. Pluspetition in einem weitläufigen Rechnungsproceß.

Von besonderen Wirkungen einer Pluspetition kann in einem weitläufigen Rechnungsprocesse, worin über viele Posten gestritten wird, keine Rede sein.

CXXIII.

Curator und Contradictor der Jacob Amschel Schnapper'schen Debitmasse dahier, Kläger

contra

Benedict Adler u. Co. dahier, Beklagte.

Der Curator und Contradictor der Jacob Amschel Schnapper'schen Debitmasse verlangte im ordinario von Benedict Adler und Co. die Rückzahlung der valuta für einen unterm 10. October 1841 von B. Adler und Co. auf J. A. Schnapper gezogenen, von diesem acceptirten, Mangel Zahlung protestirten Wechsel von Thlr. 1790, dessen Einlösung die Aussteller verweigert hatten. In ihrer Vernehmlassung erkannten die Beklagten die Forderung als richtig an, excipirten aber einen Gegenanspruch von Thlr. 981. 22 Sgr., indem ihnen ein von J. A. Schnapper am 17. October 1841 auf Jacquier und Securius zu Berlin über gedachte Summe an die Ordre des C. H. Schwendy gestelltes, unter Protest gegangenes Accreditiv im Januar 1842 durch Schwendy mittelst Cession übertragen worden sei. – Kläger replicirte, die Cession sei simulirt, indem das fragliche Accreditiv bereits am 12. November 1841 von Schwendy an Burgmann und Co. in Berlin cedirt worden sei. Eventuell schützte er die Replik der Litispendenz vor, indem Schwendy im November 1841 zur Deckung jenes Betrags auf das zu Wien mit Beschlag belegte Schnapper'sche Vermögen Superarrest ausgebracht, auch später beim Wechselgerichte zu Wien erneuerte Anträge gestellt habe. Ferner schützte

er die Replik des dolus vor. Er bat, den Beklagten in sofortige Zahlung des nach Abzug von Thlr. 981. 22 Sgr. restirenden liquiden Schuldbetrags zu verurtheilen, in Betreff der Thlr. 981. 22 Sgr. nebst Zinsen und Kosten ad petita nach verhandelter Rechtssache zu erkennen.

Das Stadtgericht erkannte am 5. Januar 1844:

1. Beklagter hat — zu beweisen, daß die Cession der dem C. H. Schwendy gegen J. A. Schnapper zustehenden Forderung an Bergmann und Co. lediglich zu dem Zwecke geschehen sei, um diese zur Geltendmachung der gedachten Forderung für Rechnung des Schwendy zu legitimiren;

2. klagender Theil hat — zu beweisen, daß die Cession der gedachten Forderung — — — lediglich fingirt sei.

Auf beiderseitige Appellation und in zweiter Instanz gestelltem Antrage auf Actenversendung erkannte:

I. das Spruchcollegium zu Leipzig am 16. August 1844 unter Kostencompensation, daß Beklagte schuldig seien, den unbestrittenen Betrag der geklagten Forderung mit Thlr. 768. 8 Sgr. sammt Zinsen — — klagendem curatori bonorum zu bezahlen, im Uebrigen aber neben dem ihnen zu beweisen Auferlegten auch die Behauptung, daß ihnen im Januar 1842 vor Ausbruch des Schnapper'schen Concurses die jetzt compensando geltend gemachte Forderung von Thlr. 981. 22 Sgr. von C. H. Schwendy als ihr Eigenthum cedirt worden, — — zu erweisen, welchemfalls es des, dem Kläger auferlegten Beweises, daß sothane Cession bloß fingirt und simulirt worden, nicht bedarf;

II. das Oberappellationsgericht am 31. Mai 1845, unter Kostencompensation, daß Beklagte

1. den unbestrittenen Theil der eingeklagten Forderung von Thlr. 768. 8 Sgr. vorbehältlich des künftigen Erkenntnisses über den Zinsenpunct (aus dem processualischen Grunde, weil Kläger in der Replik seinen Antrag auf sofortige Zuerkennung nur auf den Capitalbetrag beschränkt und dagegen gebeten hatte, wegen des illiquiden Restes und der Zinsen der ganzen eingeklagten Forderung erst nach verhandelter Sache zu erkennen) dem Kläger schon jetzt zu bezahlen schuldig seien;

2. soviel aber den Rest — — anlangt, — — zu beweisen haben:

a. daß ihnen auf der Leipziger Messe im Januar 1842 die jetzt von ihnen mittelst der Einrede der Compensation geltend gemachte Forderung an den klägerischen Gemeinschuldner von C. H. Schwendy als ihr Eigenthum cedirt worden sei; sowie copulativ damit

b. daß die Cession der gedachten Forderung von C. H. Schwendy an Bergmann und Co. vom 12. November 1841 lediglich zu dem Zwecke geschehen sei, um Letztere zur Geltendmachung dieser Forderung für Rechnung von C. H. Schwendy zu legitimiren.

298. Eideszuschiebung beim Gegenbeweise.

Der Kläger vermeint, es werde ihm mit dem besonderen Beweise seiner Replik der Simulation zugleich auch die Möglichkeit eines Beweises durch Eideszuschiebung abgeschnitten. Allein dies beruht auf einem Irrthume. Denn da der Satz, daß keine Eideszuschiebung beim directen Gegenbeweise nicht zulässig sei, nur auf den Princip beruht, daß keine Eideszuschiebung auf ein Factum gerichtet werden kann, dessen Gegentheil bereits vollständig erwiesen vorliegt, dies Princip aber ein ganz allgemeines ist, so ist es einerlei, ob der Beweis des Gegentheils in der Form des directen Gegenbeweises oder eines besonderen Beweises nachgelassen war; es würde also im vorliegenden Falle die Eidesdelation darüber, daß der Cession nur ein simples Mandat zum Grunde liege, nur dann unzulässig sein, wenn bereits vollkommen erwiesen worden wäre, daß eine wahre Cession vorgenommen sei; dann würde aber diese Unzulässigkeit vorhanden sein auch in dem Falle, wenn dem Kläger über den Einwand der Simulation ein besonderer Beweis nachgelassen sein sollte.

299. Cession an mehrere nacheinander. Verhältniß des Cedens zu dem debitor cessus.

(cf. Bd. I. Nr. 68. p. 147.)

Wenn Beklagte den (ihnen vom Stadtgerichte nachgelassenen) Beweis deßhalb für überflüssig halten, weil der Cedent

auch nach geschehener Cession über die Forderung anderweitig verfügen, mithin sie auch an einen Anderen cediren könne, so leidet dieser an sich richtige Satz doch dann eine Ausnahme, wenn der Cessionar den debitor cessus bereits von der ersten Cession certiorirt oder der Cessionar sonst seinen Anspruch gegen ihn geltend gemacht hat, indem der Cedent von diesem Augenblicke an alles Klagerecht verliert

L. 4 C. quae res pignori (8, 17)

L. 3 C. de novatione (8, 42)

und folglich auch das Recht, solches durch eine neue Cession auf einen Anderen zu übertragen. Dieser Fall liegt aber hier vor, wo ꝛc. — —

— — — Der Kläger wendet dagegen ein, daß, nachdem der debitor cessus, J. A. Schnapper sich mit Bergmann und Co., die ihm als wirkliche Cessionare sich dargestellt, einmal eingelassen und dadurch das Recht erworben habe, vom Cedenten frei zu werden, ihm der Einwand, die Cession von Bergmann und Co. sei nur eine simulirte gewesen, mit rechtlicher Wirkung nicht mehr opponirt werden könne. Allein, wenngleich, wie oben bemerkt, bei einer wirklichen Cession der Cedent von dem Augenblicke der Certiorirung des debitor cessus an jedes Dispositionsrecht über die cedirte Forderung verliert, so fällt doch dies, soviel das innere Verhältniß zwischen Cedent und Cessionar betrifft, da, wo unter der Form der Cession nur ein bloßes Mandat von ihnen beabsichtigt war, ohnehin hinweg und auch der debitor cessus kann sich wenigstens nur dann darauf berufen, wenn er gegen denjenigen, der sich als Cessionar ihm darstellt, bereits bestimmte Rechte erworben hat, mithin durch die anderweite Cession einen Nachtheil erleiden würde, was im vorliegenden Falle nicht anzunehmen und auch vom Kläger überall nicht geltend gemacht ist. Jedenfalls würden aber, selbst wenn eine wirkliche Cession vorläge, Bergmann und Co. durch die Einlassung mit Schnapper nicht das Recht verloren haben, ihrerseits die Forderung weiter zu übertragen, also auch an den ursprünglichen Gläubiger zurück zu cediren. Eine solche Rückcession würde aber auch darin liegen, wenn Bergmann und Co. erklärten, nur als Mandatare von

C. H. Schwendy gehandelt und kein Recht an die fragliche Forderung zu haben, dagegen Jenen als den wirklichen Inhaber derselben anerkannten.

300. Zurücknahme einer Klage.

Wenn der Kläger einwendet, daß Bergmann und Co. durch die am 9. März 1842 erfolgte Zurücknahme der früher wegen dieser Forderung gegen den Cridar angestellten Klage auf die Forderung selbst verzichtet haben, dieser Verzicht aber selbst dann, wenn Bergmann und Co. auch bloße Mandatare von Schwendy gewesen wären, diesem letzteren gleichfalls entgegenstehen würde, so erledigt sich dieser Einwand dadurch, daß Bergmann und Co. bei Zurücknahme der Klage als Grund derselben ausdrücklich angegeben haben, die Sache solle außergerichtlich ihre Erledigung finden und daß Kläger, welcher damals schon die auf die Gläubiger des Cridars übergegangenen Rechte desselben vertrat, nirgends angeführt hat, der Zurücknahme der Klage widersprochen zu haben, nun aber es ausgemachten Rechtens ist, daß man einer eingeklagten Forderung wegen Nichtverfolgung derselben nur dann verlustig erklärt werden kann, wenn bereits lis contestirt ist und der Beklagte auf Fortsetzung des Rechtsstreites besteht.

arg. L. 13 § 2 C. de judiciis (3, 1)
K. G. O, n. 1555 Th. III. tit. 45 § 2, 3.
Frankf. Reform. I. tit. 17 § 7.

301. Cession litigiöser Forderungen. Begriff der Litigiosität.

Was die Replik betrifft, daß die Forderung durch die Schritte von Bergmann und Co. in Wien litigiös geworden und also die Cession derselben an die Beklagten aus diesem Grunde ungültig sei, so leidet es freilich, trotz der Berufung der Beklagten auf eine entgegenstehende Praxis, keinen Zweifel, daß eine Cession litigiöser Forderungen auch nach heutigem Rechte unwirksam ist,

Mühlenbruch Cession p. 388 und die daselbst nt. 319 cit. Schriftsteller,

wie denn auch das Oberappellationsgericht bereits nach diesem Grundsatze erkannt hat.

Allein es ist die fragliche Forderung in Wien überall nicht litigiös im rechtlichen Sinne geworden und jedenfalls zur Zeit der Cession an die Beklagten nicht mehr gewesen, indem dieselbe laut der vom Kläger selbst producirten Actenstücke, nachdem Steimetz und Co. als Mandatare von Bergmann und Co. am 25. November 1841 ein Verbot auf die zu Wien befindlichen Effecten des Cridars erlangt hatten, von dem dortigen Curator des Letzteren gleich Anfangs am 13. December für richtig anerkannt und auf den Grund dieser Anerkennung die gebetene Superpfändung am 28. December erkannt worden ist. Es hat also über die fragliche Forderung in Wien von Anfang an kein Streit stattgefunden. Nimmt man aber auch an, daß eine Forderung schon durch Insinuation der Klage litigiös wird, so hört doch jedenfalls die Litigiosität auf, sowie eine rechtskräftige Verurtheilung ergangen ist. Einer solchen steht aber in ihren rechtlichen Wirkungen das gerichtliche Geständniß nach dem Grundsatze confessio pro judicato habetur

L. 1 § 3 in f. D. de confessis (42, 2)

L. un. C. eodem (7, 59)

wenigstens insofern völlig gleich, daß von der Litigiosität einer vollständig anerkannten Forderung, zumal wenn auch über die Execution kein Streit ist, nicht füglich mehr die Rede sein kann.

302. Compensation einer anderweit eingeklagten Forderung begründet keinen dolus.

Anlangend sodann die Replik des dolus, welchen der Kläger darin finden will, daß die Beklagten, auf welche das in Wien erworbene Pfandrecht an den Effecten des Gemeinschuldners Schnapper, als ein Accessorium der ihnen cedirten Forderung — diese Cession als richtig und gültig vorausgesetzt — übergegangen sei, durch die Einrede der Compensation, unter Verschweigung jenes Umstandes, den Versuch gemacht haben, sich doppelte Befriedigung zu verschaffen: so stellt sich dieselbe ebenfalls als unbegründet dar. Denn da es durchaus nicht unerlaubt ist, die Befriedigung einer und derselben Forderung zu gleicher Zeit auf verschiedenen Wegen zu suchen, namentlich mehrere correi

debendi zugleich zu belangen, indem jeder derselben nur durch die von den Anderen geleistete Zahlung befreiet wird, und da es insbesondere auch völlig statthaft ist, eine bereits anderweit eingeklagte Forderung zur Compensation zu benutzen,

L. 8 D. de compens. (16, 2)

so könnte im vorliegenden Falle von einem dolus der Beklagten nur dann die Rede sein, wenn sie die Absicht gehabt hätten, sich durch Verschweigung der in Wien geschehenen Schritte und des dort erlangten Pfandrechts wirklich auf heimliche Weise doppelte Zahlung zu verschaffen.

Allein es liegt der Beweis, daß dieses nicht ihre Absicht gewesen sein könne, bereits in den Acten, — — —. Ueberdies würde, selbst wenn die Beklagten eine solche dolose Absicht gehabt haben sollten, darin, so lange sie in Wien nicht wirklich Befriedigung erlangt haben, kein Grund liegen, sie mit ihrer Compensations-Einrede zurückzuweisen, sondern nur sie anzuhalten, von weiteren Schritten in Wien abzustehen und die dort erworbenen Rechte, ihrem Erbieten gemäß, an die Concursmasse abzutreten.

303. Abgesonderte Verurtheilung in ein liquidum.

Es beschränkt sich die Befugniß des Richters zur abgesonderten Verurtheilung in ein liquidum keineswegs, wie die Beklagten behaupten, auf den Fall, wenn eine oder die andere von mehreren eingeklagten Forderungen liquide ist, indem vielmehr die Gesetze ausdrücklich von dem liquiden Theile einer und derselben Forderung reden.

L. 21 D. de reb. cred. (12, 1)

L. 78 D. de leg. II.

304. Theilweise Bezahlung. Abschreibung auf der Urkunde.

Da die Beklagten ein Recht auf Auslieferung des Wechsels nur dann haben, wenn sie denselben zum Vollen bezahlen, so vermögen sie sich der theilweisen Bezahlung aus dem Grunde nicht zu weigern, weil sie dadurch die Einlösung des Wechsels nicht bewirken können, sondern dadurch nur das Recht erwerben, zu verlangen, daß der gezahlte Betrag auf dem Wechsel selbst abgeschrieben werde, wie dies in ähnlichen Fällen häufig geschieht.

CXXIV.

Johann Odemer zu Niedererlenbach, Kläger und Widerbeklagten

contra

Joh. Heinr. Wilh. Schwartze dahier, Beklagten und Widerkläger.

Der Beklagte opponirte gegen die Zulassung eines vom Kläger vorgeschlagenen Zeugen, weil derselbe, an dem Ausgange dieses Processes ein eigenes Interesse habe. Die Vernehmung des Zeugen wurde beschlossen vom

Stadtgerichte am 11. October 1843
Appellationsgerichte am 22. November 1843
Oberappellationsgerichte am 19. Juni 1845.

305. Litisdenunciat als Zeuge. Interesse des Zeugen am Ausgange des Processes.
(Bd. I. Nr. 111. Bd. II. Nr. 228.)

Wenn der Beklagte sich darauf beruft, daß „Personen, so der Sachen mitverwandt, derselben Theil und gemein, Gewinn und Verlust, haben mögen" nach ausdrücklicher Vorschrift der

Ref. I. tit. 33 § 13

unzulässige Zeugen seien, so ist zwar nicht zu verkennen, daß der Zeuge nach den Worten dieses allgemein gefaßten Gesetzes zu den dort bezeichneten Personen zu rechnen ist; denn derselbe hat, nachdem der Beklagte ihm litem denunciirt hatte, selbst anerkannt, daß er bei dem Hauptgegenstand des Processes betheiligt sei, indem im Falle, daß der Beklagte unterliegen sollte, demselben der Regreß gegen ihn offen stehen würde; allein das sich hieraus ergebende Interesse des Zeugen an dem Processe ist doch ein solches, welches den Zeugen nur bestimmen könnte, für den Producten auszusagen. Ein derartiges Interesse kann aber, sobald man nur die Absicht des Gesetzes gehörig berücksichtigt, der Zulassung des Zeugen

nicht entgegenstehen. Es liegt nämlich in der Vorschrift des § 13 überall keine vom gemeinen Rechte abweichende Bestimmung, vielmehr ist dieselbe, wie dieser ganze Titel der Reformation überhaupt

Orth Anmerk. 4. Forts. p. 706

aus dem gemeinen Rechte zu erklären, auf welches § 1 und 13 desselben ausdrücklich verweisen. — Nach dem gemeinen Rechte aber ist ein Zeuge, der ein gleiches Interesse mit dem Producten hat, ein keineswegs unzulässiger und, sobald er gegen denselben aussagt, vielmehr ein vollkommen glaubwürdiger Zeuge.

Hommel Rhaps. Vol. 1 obs. 210 reg. 6 und 11 (4. Ausg.)

Die Ansicht, daß ein bei Ausgang der Sache Betheiligter ein unzulässiger Zeuge sei, beruht vielmehr nur auf einer ausgedehnteren Anwendung des Römischen Satzes: **nemo in re sua idoneus testis intelligitur**, sowie daher dieser Satz auf Erklärungen, die eine Parthei im Processe gegen sich macht, namentlich auf Geständnisse, keine Anwendung leidet, so kann nach der Natur der Sache die Vorschrift des § 13 auch nicht dahin führen, daß der Product einen Einwand gegen die Zulässigkeit eines Zeugen daraus entnehmen könnte, daß derselbe ein solches Interesse bei dem Ausgange der Sache habe, welches denselben bestimmen könnte, zum Vortheile des Producten und zum Nachtheile des Producenten auszusagen. In diesem, die allgemein lautende Vorschrift des § 13 cit. beschränkenden Sinne hat denn auch das Oberappellationsgericht das gedachte Gesetz schon mehrfach und zwar in Uebereinstimmung mit den Frankfurter Gerichten angewandt.

Fr. S. Oberdirection des Theaters c. W. Haub 1839
Löb Frank c. Joh. Goll u. Söhne 1839
Erben d. Staatsraths v. Bethmann c. Schüttler 1839.

Bedenklichkeiten könnte hier allerdings die formelle Stellung des Zeugen im vorliegenden Rechtsstreite erregen, indem derselbe in Folge der Litisdenunciation des Beklagten als accessorischer Intervenient aufgetreten ist und gemeinschaftlich mit diesem am

Processe Theil genommen hat, so daß man ihn als zur beklagten Parthei gehörig betrachten und den Fall ganz so ansehen muß, wie wenn ein Litisconsort zum Zeugen gegen den andern Litisconsorten aufgefordert wird. Indessen ist in dieser Beziehung der Umstand entscheidend, daß der Zeuge nur über einen Punct aussagen soll, bei welchem derselbe direct gar nicht betheiligt ist, indem der Gegenstand des Beweises die der Einrede des unrechten Beklagten vom Kläger entgegengesetzte Replik der Simulation ist. Ungeachtet der Theilnahme des Zeugen am Processe kann man daher, eben weil die accessorische Intervention nur durch das Interesse des Intervenienten am Streitgegenstande begründet wird, doch nicht annehmen, daß das litisconsortium sich hierauf mit erstrecke, und war der vorliegende Fall daher ebenso zu beurtheilen, wie wenn einem Litisconsorten eine besondere Einrede oder Replik opponirt wird, die den anderen Litisconsorten nicht betrifft, und dieser zum Beweise derselben als Zeuge vorgeschlagen wird, was keineswegs für unzulässig gehalten werden könnte.

Hommel l. c. obs. 211 sub voce „consortes“

Martin u. Walch Magazin f. d. gem. deutsch. bürgrl. Proc. Bd. I. Heft 2 p. 240 u. 243 in f.

306. Schlechte Vermögensumstände des Zeugen.

Ebensowenig konnte der — aus den schlechten Umständen des Zeugen entnommene Einwand zu dessen Verwerfung führen. — — — Es kommt aber auf diese producta (Atteste des Fiscals) hier, wo es sich nur von der Zulässigkeit und noch nicht von der Glaubwürdigkeit der Aussagen des Zeugen handelt, gar nicht an, weil die schlechten Umstände des Zeugen doch nie zu einer gänzlichen Verwerfung desselben führen können. Zwar hat sich der Appellant auch noch darauf berufen, daß das Appellationsgericht ihn mit Unrecht auf den Regreß verweise, welchen er im Falle des Unterliegens im Processe gegen den Zeugen würde nehmen können, indem der Appellant dagegen bemerkt, daß dieser Regreßanspruch ihm bei der Vermögenslosigkeit des Zeugen keine Sicherheit gegen dessen Partheilichkeit gewähren könne; aber wenn aus diesen bedrängten Umständen des Zeugen und der

daraus sich ergebenden Unfähigkeit desselben, dem Beklagten für den Fall des Verlustes des Processes den schuldigen Regreß wirklich zu leisten, sich auch vielleicht wohl ein geringeres Interesse des Zeugen am Ausgange der Sache ergeben möchte, so läßt sich daraus doch nicht eine Partheilichkeit gegen den Producten folgern, und dieses würde doch erforderlich sein, damit derselbe die Verwerfung des Zeugen zu verlangen für berechtigt gehalten werden könnte.

CXXV.

C. C. H., vorher verehel. Sch., geb. M. dahier, Klägerin

contra

maritum J. C. C. W. H. zu Darmstadt, Beklagten.

In vorliegender Ehescheidungssache hatte Klägerin zu beweisen:

1. daß der Beklagte ihr, vor seiner Verheirathung mit ihr, die Angabe gemacht habe, daß er bei der Taunus-Eisenbahn mit einem Gehalte von 1000 fl. angestellt sei und ein eigenes Vermögen von 8000 fl. besitze, ingleichen, daß sie durch diese Angaben bestimmt worden sei, mit dem Beklagten die Ehe einzugehen, oder

2. daß er den Beischlaf auf verkehrte Art gewaltsamer Weise an ihr ausgeübt hat.

Diese Beweise trat Klägerin durch Urkunden (Ehepacten und Attest eines Arztes), durch Denomination von Zeugen und eventuell durch Eidesdelation an. Das Stadtgericht erkannte am 10. Juni 1844 auf Instruction des Beweises. Auf Appellation des Beklagten, wurde dieses Urtheil vom Appellationsgerichte am 26. Juni 1844 pure bestätigt, vom Oberappellationsgerichte am 27. Juni 1845 unter Compensation der Hälfte der Kosten und Verurtheilung des Beklagten in die andere Hälfte dahin bestätigt und abgeändert, daß es zwar bei der Beweisantretung der Klägerin hinsichtlich der Ersten der ihr in dem Beweis-

interlocute des Stadtgerichts vom 22. November 1841 auferlegten Beweisalternativen sein Bewenden behalte, und daher nunmehr mit der Abhörung der zu den Beweisartikeln 1 — 12 denominirten Zeuginnen, unter Vorbehalt aller Einwendungen gegen die Glaubwürdigkeit und die Aussagen derselben, zu verfahren, dahingegen dieselbe, soweit sie auf die zweite Beweisalternative Bezug hat, bis auf die geschehene eventuelle Eidesdelation, über welche das künftige Erkenntniß vorbehalten bleibt, zu verwerfen sei.

307. Irrelevanter Urkundenbeweis in Verbindung mit anderen Beweismitteln.

(Was durch die Urkunden bewiesen werden soll) ist gar nicht einmal bestritten. Da jedoch der Zeugenbeweis, wie gleich näher zu erwähnen ist, keineswegs schon jetzt ganz verwerflich erscheint, so ist auch kein Grund vorhanden, den Urkundenbeweis schon jetzt zurückzuweisen.

308. Zeugenbeweis. Bescheinigung der Einreden gegen die Zeugen. Freundschaft des Zeugen zu dem Producenten.

Es ist, was über ein besonders freundschaftliches Verhältniß zwischen der Klägerin und den genannten Zeugen angeführt worden, so vage und unbestimmt vorgebracht und daneben so gänzlich unbescheinigt, daß schon aus diesem Grunde gar keine Rücksicht darauf zu nehmen ist. Sodann aber kann auch ein freundschaftliches Verhältniß zwischen dem Producenten und einem Zeugen zwar wohl dahin führen, den Letzteren einiger Maßen verdächtig zu machen, nicht aber dahin, ihn als Zeugen ganz zu verwerfen.

309. Feindselige Gesinnung des Zeugen.

Es ist ferner dasjenige, was die über die feindselige Gesinnung einzelner Zeuginnen angeführt worden, nicht minder vage und unbescheinigt. — — — Wenn nun gleich das Frankfurtische Recht

Reform. I. tit. 33 § 15

insoweit vom gemeinen Rechte

Nov. 90 c. 7

abweicht, daß überhaupt wegen „merklicher Feindschaft" der Richter einen Zeugen zu verwerfen berechtigt sein soll, so fehlt es doch hier durchaus an der hinreichenden Nachweisung einer solchen.

310. Dienstverhältniß des Zeugen zu dem Producenten.
(Bd. II. Nr. 276.)

Es ist auch das Dienstverhältniß, in welchem die Zeugin P. zur Klägerin steht, nach gemeinem Rechte kein Grund, sie als gänzlich inhabil zu verwerfen,

J. G. Bauer opusc. T. I. p. 434 ss.
Hommel Rhapsod. qu. Vol. I. obs. 56
Dorn Gesinderecht § 215. 216

wenngleich ihre Glaubwürdigkeit dadurch allerdings geschmälert werden kann und eben dies muß man nach Frankfurtischem Rechte annehmen, da in demselben hierüber keine besondere Vorschriften bestehen.

311. Zeugenbeweis. Nicht gemachter Vorbehalt der Einreden gegen Person und Aussage des Zeugen.

Wenn übrigens der Beklagte es in gegenwärtiger Instanz annoch besonders geltend macht, daß ihm nicht vorgängig nachgelassen worden, seine Einreden gegen die Zeugen zu beweisen, indem er nicht nöthig gehabt habe, solche Beweise gleich in der ersten Instanz beizubringen, sondern erst erwarten könne, ob die Klägerin, das, was er gegen die Zeugen zu erinnern habe, nicht einräumen werde: so ist dagegen der doppelte Grund entscheidend, einmal daß es überhaupt Regel ist, die Vernehmung von Zeugen wegen gegen sie vorgebrachter illiquider Einreden nicht aufzuhalten, und fürs Andere, daß alle Einwendungen des Beklagten gegen dieselben, sowie sie jetzt vorgetragen sind, nicht dahin führen, sie als ganz verwerflich, sondern nur dahin, sie als verdächtig darzustellen, was kein Grund ist, die Vernehmung von Zeugen einstweilen auszusetzen. Es bleibt aber dem Beklagten unbenommen, darauf im künftigen Deductionsverfahren zurückzukommen.

Dagegen läßt sich auch kein Bedenken daraus entnehmen, daß

das Stadtgerichtsdecret vom 10. Juni v. J. ihm den Gebrauch dieser Einreden nicht ausdrücklich vorbehalten hat. Denn ein solcher Vorbehalt versteht sich nach der Stadtreformation I. tit. 33 § 16 von selbst und das decisum des Stadtgerichts geht auch nur dahin, daß die Zeugen nicht für ganz verwerflich zu achten seien. Um indeß jedem deßfallsigen Mißverständnisse vorzubeugen, ist der Vorbehalt in das gegenwärtig abgegebene Erkenntniß ausdrücklich aufgenommen worden, was, ungeachtet der Beklagte darauf keinen besonderen Antrag gerichtet hat, um so unbedenklicher geschehen konnte, als der Vorbehalt der Einreden nur ein minus der wirklich gebetenen gänzlichen Verwerfung der Zeugen ist.

312. Beweisführung. Deren Verwerfung.

Da es Grundsatz ist, daß eine Beweisführung nur dann ohne Weiteres zu verwerfen ist, wenn sich ihre Erfolglosigkeit mit völliger Sicherheit voraussehen läßt, insbesondere aber der Richter es mit den Beweisartikeln nicht allzustrenge zu nehmen habe, so waren die angefochtenen Erkenntnisse insoweit zu bestätigen.

313. Privatattest des Hausarztes.

Das Attest des Dr. Schott ist als ein außergerichtliches, unbeschwornes Zeugniß über eine dem Zeugen erst während des Processes, also zu einer sehr verdächtigen Zeit, von der Producentin gemachte Mittheilung, welches recht eigentlich in der Absicht ausgestellt worden, um der Letzteren in dem gegenwärtigen Processe als Zeugniß zu dienen, schon formell ohne alle Beweiskraft.

CXXVI.

C. C. H., vorher verehel. Sch., geb. M. dahier, Klägerin und Widerbeklagte

contra

maritum J. C. C. W. H. zu Darmstadt, Beklagten und Widerkläger.

Der Beklagte hatte rechtskräftig zu erweisen, daß die Klägerin außer dem in dem Inventar [34] act. verzeichneten Vermögen noch ein weiteres Vermögen von 11,400 fl. oder von wieviel sonst, in Staatspapieren habe oder bei ihrer Verheirathung mit ihm gehabt habe. Auf geführte Beweisverhandlungen erkannte das Stadtgericht am 10. Mai 1844 auf den Reinigungseid der Klägerin, während auf Appellation des Beklagten das Appellationsgericht am 28. August 1844 den Beweis für erbracht erkannte. Auf Appellation der Klägerin wurde unter Verurtheilung derselben in die Kosten dieses Urtheil vom Oberappellationsgerichte am 26. Juni 1844 bestätigt, jedoch der Betrag des Vermögens auf 11,000 fl. heruntergesetzt (weil der Beklagte freiwillig diese Herabsetzung beantragt hatte).

314. Beweiskraft der Ehepacten.

In den Ehepacten, welche von der Klägerin coram Notario et testibus vollzogen und worin alle Bestandtheile ihres damaligen Vermögens genau specificirt worden sind, finden sich auch aufgeführt (11,400 fl. Staatspapiere). Schon dies ist für sich allein völlig beweisend. Denn es ist darin nicht nur ein, wenn auch außergerichtliches, doch, da es in einem wichtigen, die gegenseitigen Vermögensverhältnisse ordnenden, in Gegenwart ihres Verlobten vollzogenen Vertrages abgelegt ist, völlig beweiskräftiges Geständniß über den Besitz von Staatspapieren enthalten,

Ref. I. tit. 30 § 1

sondern auch das Versprechen, solche dem Kläger zuzubringen.

315. Beweiskraft eines Geständnisses. Animus confitendi.

Die Klägerin hat nun freilich die Beweiskraft ihrer Aeußerungen dadurch zu schwächen versucht, daß sie jeden animus confitendi und überhaupt alle Requisite einer wirklichen confessio in Abrede stellt. Allein die Beweiskraft eines Geständnisses hängt, wie das Oberappellationsgericht schon oft auszusprechen Gelegenheit gehabt hat, nicht nothwendig von dem animus confitendi des Geständigen im engeren und eigentlichen Sinne ab, sondern sie kann auch ebensowohl auf der inneren Glaubwürdigkeit und dem materiellen Gewichte der Aeußerung beruhen und diese sind hier, nach dem Obigen, in hohem Grade vorhanden.

316. Antrag auf einen nothwendigen Eid bei vollständig geführtem Beweise. Befugniß des Appellationsrichters.

Gegen die Bestätigung des angefochtenen Erkenntnisses läßt sich auch kein Bedenken daraus entnehmen, daß das Appellationsgericht dadurch, daß es den vom Stadtgerichte erkannten Reinigungseid für unstatthaft und den Beweis für völlig erbracht erklärt hat, sogar ultra gravamen et petitum des Appellanten hinausgegangen ist, was allerdings seine Richtigkeit hat, indem der Beklagte, ungeachtet er in der Beweisantretung aus den Geständnissen der Klägerin deducirt hatte, daß der Beweis vollständig geführt sei, dennoch sein gravamen I. voriger Instanz darauf beschränkt hat, daß er nicht zum Erfüllungseide zugelassen, womit auch sein petitum principale übereinstimmt.

Denn wenngleich der Appellations-Richter über den Gegenstand der aufgestellten Beschwerden nicht hinausgehen und nicht über solche Puncte erkennen darf, welche der Appellant nicht angefochten hat, so liegt doch ein solcher Fall überall nicht vor, sondern es ist die Frage nur die, ob er in seinem Erkenntnisse über den wirklichen Gegenstand der Appellation noch über die Anträge des Appellanten hinausgehen dürfe, und hat es keinen Anstand, ihm dieses unter Umständen allerdings zu gestatten.

§ 34 J. de actionibus (4,6)

Ein solcher Fall war aber hier vorhanden. — Es handelte sich nämlich von der Beurtheilung des Resultats einer Beweisführung,

worüber das Urtheil nicht der Parthei, sondern dem Richter zusteht, nach der Regel: judici fit probatio, und war nach dieser Regel mehr darauf zu sehen, ob und inwieweit der Beweis dem Gerichte geführt erschien, als darauf, wie weit die Anträge der Parthei sich erstreckten.

Ueberdies aber gehört der Gebrauch der nothwendigen Eide ad officium judicis und sind dieselben nur dazu bestimmt, dem Mangel an anderen Mitteln, die Wahrheit zu erforschen, abzuhelfen.

L. 3 C. de reb. cred. (4,1)
Martin Lehrbuch § 129 sub. II.

Wo demnach ein solcher Mangel nach dem Ermessen des Richters nicht vorhanden ist, da kann auch von einem nothwendigen Eide nicht weiter die Rede sein und am wenigsten kann ein solcher, von dem Richter als überflüssig erachteter Eid demselben durch die Parthei-Verträge aufgedrungen werden. Ja das Canonische Recht verbietet sogar ausdrücklich von demjenigen, der seinen Anspruch vollständig bewiesen hat, noch einen Ergänzungseid zu fordern.

c. 2 X. de probat. (2,19)

Wenn sich die Klägerin dagegen auf eine Rechtskraft des Stadtgerichts Erkenntnisses vom 10. Mai 1844 beruft, die jedenfalls insoweit angenommen weren müsse, als es nunmehr feststehe, daß der Beweis ohne ein juramentum necessarium nicht für vollkommen erbracht angesehen werden könne, indem der judex a quo und beide Partheien darüber einverstanden gewesen, daß es eines solchen annoch nothwendig bedürfe, so ist das ganz irrig. Denn da das Stadtgerichts Erkenntniß nur das einzige decisum in der Hauptsache enthielt, daß der Beweis nicht weiter als bis zum Reinigungseide für geführt zu achten sei, dieses decisum aber gerade den Gegenstand der Appellation des Beklagten in der vorigen Instanz ausmachte, so ist durch diese Appellation in der That das ganze Urtheil in der Hauptsache von der Rechtskraft abgehalten und mithin nichts stehen geblieben, woraus die Klägerin die res judicata für sich ableiten könnte.

CXXVII.

Johann Lüdicke zu Preungesheim, Kläger
contra
Theophilus Christoph Liebtreu dahier, Beklagten.

In einem anhängigen Rechtsstreite machte Beklagter als novum einen inzwischen abgeschlossenen Vergleich geltend. Da der Kläger behauptete, es seien nur Vergleichsverhandlungen gepflogen worden, der Vergleich sei aber nicht zu Stande gekommen, weil Beklagter die ihm gemachten Vergleichsbedingungen zwar mündlich genehmigt, deren vom Kläger verlangte schriftliche Anerkennung vor Notar und Zeugen aber abgelehnt habe, so legte das Stadtgericht am 4. December 1844 dem Beklagten Beweis auf. Auf Appellation des Beklagten wurde dies Erkenntniß bestätigt vom

Appellationsgerichte am 27. Januar 1845

Oberappellationsgerichte am 30. Juni 1845.

Das letztere Gericht nahm den Beklagten und seinen Anwalt, beide in eine Geldstrafe von 20 Thlr. wegen wiederholten Mißbrauchs des Rechtsmittels und verwarnte den Anwalt, sich künftig vor ähnlichem Mißbrauche der Rechtsmittel zu hüten.

317. Vergleich. Bedingung der schriftlichen Errichtung.

Nach bestimmter gesetzlicher Vorschrift treten Vergleiche, welche mündlich verabredet sind, wenn dabei die Errichtung einer schriftlichen Urkunde zur Bedingung gemacht wird, nicht eher in Kraft, als bis die Urkunde wirklich vollzogen ist und bleibt bis dahin die mündliche Uebereinkunft ganz unverbindlich.

L. 17 C. de fide instrum. (4,21)

CXXVIII.

Joseph Anton Löffler dahier, Kläger
contra
Isaac Juntz dahier, Beklagten.

Im vorliegenden Falle kamen die Partheien vor der Gerichtscommission überein, daß Sachverständige als Schiedsrichter die Forderung für Schreinerarbeiten, die Kläger für den Hausbau des Beklagten gemacht hatte, sowohl in Bezug auf die vom Beklagten gegen die gelieferte Arbeit gemachten Ausstellungen, als auch in Bezug auf die Ansätze definitiv entscheiden sollten. Beklagter stellte nun den Architecten K. als einen dieser Sachverständigen auf. Nachdem Kläger schon die Verpflichtung sämmtlicher Sachverständigen beantragt hatte, trat er mit der Behauptung auf, daß K. kein Architect, sondern nur Zeichenlehrer sei. Das Stadtgericht legte am 25. Mai 1844 dem Beklagten die Benennung eines anderen Sachverständigen auf. Auf Appellation des Beklagten wurde dieses Urtheil vom Appellationsgerichte am 7. August 1844 bestätigt, vom Oberappellationsgerichte am 21. Juli 1845 dagegen wieder aufgehoben und dahin erkannt, daß unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten erster Instanz und unter Compensation der Kosten zweiter und dritter Instanz der Kläger mit seiner Protestation gegen die Zuziehung des genannten Sachverständigen lediglich abzuweisen sei.

318. Schiedsrichter. Einwendungen gegen die Person derselben.

Das gegenwärtige Verfahren ist — wie der Beklagte richtig bemerkt — kein Beweis durch Sachverständige, so daß auf Grundlage eines Gutachtens derselben demnächst ein gerichtliches Erkenntniß abzugeben wäre, sondern ein Compromiß, wobei nur in gewissen Beziehungen eine gerichtliche Leitung und Mitwirkung eintreten soll. — — — Unter diesen Umständen ist es denn auch ganz unerheblich, daß die zugezogenen Personen,

welche sich in der That als Schiedsrichter verhalten, Sachverständige genannt sind — — — —. Nun aber hat der Kläger in die Bestellung des K. zu einem dieser Sachverständigen allerdings consentirt, das Compromiß ist also auch mit über die Person des K. vertragsmäßig abgeschlossen worden. — — — Wollte nun der Kläger von diesem seinem Consense später wegen Einwendungen gegen die Person des K. wieder zurücktreten, so hätte dies nur wegen solcher Facta geschehen können, welche erst nach jenem Consense zu seiner Kenntniß gekommen waren,

L. 57 D. de re jud. (42, 1)

und er hätte den letztgedachten Umstand zur Begründung der Zurücknahme seiner Einwilligung behaupten müssen. Nun aber findet sich in seiner Eingabe vom 11. Mai 1844 von einer solchen Behauptung nicht das Geringste; und nachdem ihm hierauf der Mangel derselben in dem Appellationslibelle voriger Instanz des Beklagten speciell vorgehalten und er später in der jetzigen Instanz zu einer Vernehmlassung aufgefordert, ihm also die Gelegenheit gegeben war, jene Behauptung etwa noch nachträglich vorzubringen, hat er sich mit der Vernehmlassung präcludiren lassen, mithin selbst hierauf verzichtet. — — — Wenn in dem Erkenntnisse erster Instanz hiergegen auf den Grundsatz Bezug genommen ist, daß der Beweis dem Richter geführt werde und dieser daher von Amtswegen dafür zu sorgen habe, daß keine unfähige Sachverständige zugezogen würden, so findet derselbe auf den vorliegenden Fall keine Anwendung, da hier, wie schon oben ausgeführt worden, eine Beweisführung durch Sachverständige nicht in Frage steht.

Uebrigens erscheint der Einwand, auf welchen die Ausschließung des K. in beiden vorigen Erkenntnissen allein gegründet ist, auch materiell unerheblich. Denn der Kläger hat in seiner Eingabe vom 11. Mai nicht behauptet, daß K. kein Architect sei, nicht die Kenntnisse eines Baumeisters habe und dieses Fach nicht factisch betreibe; vielmehr hat er dort selbst angeführt, daß derselbe den Bau des Beklagten geleitet habe und seine Behauptung besteht nur darin, K. sei nicht in Frankfurt als Architect recipirt, worauf nichts ankommt, sobald dieser nur die erforderlichen Fähigkeiten besitzt.

CXXIX.

Joh. Adam Heintz und dessen Ehefrau Sophia, geb. Mitscher zu Oberrad, Kläger u. Widerbeklagte

contra

die Wittwe Anna Maria Heintz, geb. Schrodt daselbst, Beklagte u. Widerklägerin.

Johann Peter Heintz hatte am 13. März 1844 ein Testament errichtet, in welchem er seine Ehefrau Anna Maria Heintz, geb. Schrodt von der Statutarportion enterbte. Nach dem kurz darauf erfolgten Tode des J. P. Heintz wurde der Nachlaß obsignirt, jedoch am 27. März 1844 von dem Stadtgerichte wieder resignirt. Das Appellationsgericht verfügte am 3. April 1844 eine provisorische Sequestration der streitigen Verlassenschaft und erkannte nach vollständig eingetretenem contradictorischem Verfahren unterm 22. Mai 1844, daß es bei der angeordneten Sequestration bis zur gerichtlichen Erledigung der Hauptsache zu belassen sei. Es handelt sich nun in Bezug auf die unten mitgetheilten Entscheidungsgründe darum, ob und aus welchen Gründen der Ehegatte von der Statutarportion enterbt werden könne und ob das Testament wegen Zwang nicht ungültig sei. Das Stadtgericht erkannte am 20. November 1844:

Es haben — zu beweisen:

I. Kläger: daß die Beklagte sich während ihrer Ehe nicht so gegen ihren Mann betragen habe, wie es einer ordentlichen Ehefrau geziemt, vielmehr in allen Stücken ihn gekränkt und beleidigt, das Hauswesen und die Wirthschaft gänzlich vernachlässigt, ihre Kinder verwahrlost, ihren Mann während seiner Krankheit nicht verpflegt und versorgt, vielmehr noch durch Zank und Schimpfreden gekränkt und hierdurch selbst absichtlich seinen Tod herbeizuführen gesucht habe.

II. Beklagte:

a. daß sie von ihrem Manne mißhandelt und von den Klägern verhindert worden sei, ihren Mann in seiner Krankheit zu pflegen: oder

b. daß der Verstorbene Joh. Pet. Heintz von den Klägern zur Errichtung des Testaments vom 13. März 1844 gezwungen oder doch überredet worden sei, oder

c. daß er den Inhalt dieses von ihm unterzeichneten Testaments nicht gekannt habe, worauf je nach dem Ergebniß der Beweise, Gegenbeweis vorbehalten, weiter ergehen soll, was Rechtens.

Auf beiderseitige Appellation erkannte das Appellationsgericht am 14. Februar 1845, daß in dem der Beklagten nachgelassenen Beweis unter II^b die Worte: „oder doch überredet" wegzubleiben haben.

Auf Appellation der Beklagten erkannte unter Compensation von einem Drittel der Kosten und Verurtheilung der Beklagten in die zwei andern Drittel das Oberappellationsgericht am 18. September 1845, daß die sent. a qua im Uebrigen zu bestätigen und nur von den der Beklagten nachgelassenen Beweisen

1. die erste Beweisalternative dahin: daß sie von ihrem Ehemanne geschimpft und gemißhandelt, und von den Klägern und dem Gesinde verhindert worden sei, denselben in seiner letzten Krankheit zu pflegen; daß sie ferner noch in den letzten Tagen seines Lebens eine Aussöhnung mit ihrem Ehemanne herbeizuführen sich bestrebt habe, aber mit Schimpfreden von diesem und den Klägern zurückgewiesen worden sei,

2. die zweite Beweisalternative aber dahin: daß ihr verstorbener Ehemann von den Klägern zur Errichtung des Testaments vom 13. März 1844 gezwungen oder doch durch ungebührliches Andringen wider seinen Willen dazu getrieben worden sei,

zu erweitern sei; wobei jedoch hinsichtlich der ersten Beweisalternative das künftige Erkenntniß über das Gewicht des zu Erweisenden, ebenso wie bei dem den Klägern auferlegten Beweise der Enterbungsgründe, dem freien richterlichen Ermessen vorbehalten bleibt.

319. Entziehung der Statutarportion.

Es konnte der Beschwerde der Beklagten, daß den Klägern noch überall ein Beweis der Wahrheit der Gründe, aus welchen ihr im Testamente ihres Ehemannes ihre Statutargebühr entzogen worden, nachgelassen und nicht vielmehr das gedachte Testament ohne Weiteres für ungültig, wenigstens für inofficiös erklärt sei, nicht Statt gegeben werden.

Zwar unterliegt es, so zweifelhaft auch die Sache nach den Bestimmungen der Reformation sich darstellt, doch nach der declaratorischen Verordnung vom 21. September 1758*) keinem Bedenken, daß, wenngleich der zuerst versterbende Ehegatte über seine Hälfte der Errungenschaft ganz frei testiren kann, er doch die Statutarportion, also bei kinderloser Ehe die von ihm inferirten Mobilien und den Beisaß und Usufruct an den Immobilien, dem andern Ehegatten nicht nach Willkühr, sondern nur wegen Verschuldens desselben entziehen darf. Wenn aber die Beklagte meint, daß dieses Verschulden, um die Entziehung der Statutgebühr zu rechtfertigen, in Ehebruch oder böslicher Verlassung oder in einer der für Aeltern und Kinder gesetzlich vorgeschriebenen Enterbungsursachen bestehen müsse, so fehlt es zwar nicht an Gesetzgebungen, namentlich des südlichen Deutschlands, die dies ausdrücklich vorschreiben;

Württemb. Landr. von 1600 III. 19 § 1

Churpfälz. Landr. von 1611 IV. 16

allein nach Frankfurter Rechte ist diese Meinung eine unbegründete. Denn

1. die Frankfurter Reformation enthält zwei ganz verschiedene

*) — — es wird auch 3. aus gedachter Reformation part. 5 tit. 7 § 1 anhero wiederholt, daß, nach dessen klarem Inhalt, kein Ehegatte dem andern seine, pro diversitate casus existentium vel non existentium liberorum in dem halben oder gantzen Theil der zugebrachten Mobilien und in dem usu fructu immobilium bestehende Statut-Gebühr, wann nicht der letzt lebende sich dieser durch sein Verschulden verlustig gemacht durch ein Testament, oder anderen letzten Willen, oder sonsten, folglich auch, weder per donationem inter vivos, noch mortis causa zu entziehen oder zu verringern befugt = sondern solches alles krafftlos und nichtig sein = und also (wann die Fälle sich zutrügen) erkennet werden solle.

Vorschriften: die eine, daß bösliche Verlassung und Ehebruch den Verlust, erstere der Errungenschaft, letzterer selbst der dos oder donatio propter nuptias des schuldigen Theils schon ganz von selbst bewirken sollen, ohne daß es einer Entziehung im Testamente überall noch bedarf;

Ref. V. tit. 6.

die andere, daß kein Ehegatte dem anderen dasjenige, was ihm gebührt, bloß „aus gefaßter Gräme, unverschuldeter Sachen" in seinem Testamente entziehen oder schmälern darf.

Ref. V. tit. 7 § 1.

Hiernach läßt sich unmöglich annehmen, es sei die Meinung der Reformation, daß die Statutargebühr im Testamente nur aus solchen Ursachen entzogen werden dürfe, die den Verlust derselben schon von selbst, auch ohne Testament bewirken; sondern die Reformation will nur das Recht des überlebenden Ehegatten nicht lediglich von der Willkühr des anderen abhängig machen, sondern verlangt ein wirkliches Verschulden; ob dies aber von der Art sei, um die Entziehung der Statutarportion zu rechtfertigen, überläßt sie stillschweigend der Beurtheilung des Richters.

2. Hieran hat auch die Verordnung vom 21. September 1758 nichts geändert. Denn obgleich dieselbe in ihrem dispositiven Theile die Entziehung der Statutgebühr verbietet, „wenn nicht der Letztlebende sich dieser durch sein Verschulden verlustig gemacht hat:" eine Ausdrucksweise, die vorauszusetzen scheint, daß der Verlust bereits aus einem gesetzlichen Grunde eingetreten sei, so ist doch um so weniger anzunehmen, daß sie durch diesen Ausdruck etwas Neues habe bestimmen wollen, als sie nach ihren Eingangsworten nur den Zweck hatte, die Streitfrage zu entscheiden, ob die Statutargebühr ganz nach Gutdünken „unverschuldeter Dingen" entzogen werden dürfe, keineswegs aber die Entziehungsgründe näher zu bestimmen.

3. Wäre aber die wahre Meinung des Gesetzes auch zweifelhafter, als sie in der That ist, so würde doch die obige Auslegung als die vernünftigere und billigere vorzugsweise anzunehmen sein,

L. 19 D. de legibus. (1, 3)

L. 67 D. de reg. jur. (50, 17)

indem sich auch außer Ehebruch und böslicher Verlassung noch viele andere grobe Verschuldungen als gerechte Ursachen für die Entziehung der Statutgebühr denken lassen und es daher höchst unbillig sein würde, einen Ehegatten auf jene zu beschränken. Auch ist die bedeutende Macht, die dabei dem richterlichen Arbitrium eingeräumt wird, nicht nur nicht bedenklich, sondern für solche Verhältnisse, wo es schlechthin unthunlich erscheint, alle möglichen Fälle im Voraus zu bedenken und durch gesetzliche Vorschriften zu erschöpfen, vielmehr der einzig richtige Weg; wie er denn auch bekanntlich im Römischen Rechte bei den Enterbungsursachen bis auf Justinian befolgt worden ist. Freilich enthalten die von Justinian vorgeschriebenen Enterbungsursachen so ziemlich das Meiste, was die Enterbung des andern Ehegatten zu rechtfertigen geeignet sein möchte. Da diese aber nur ganz speciell für Kinder und für Aeltern vorgeschrieben sind, so können sie nicht als absolut entscheidende Norm für die Enterbung von Ehegatten angesehen werden.

4. In diesem Sinne haben denn endlich nicht nur die Localgerichte ohne Bedenken im vorliegenden Falle erkannt, sondern auch die Commentatoren des Frankfurter Rechts, so weit sie diese Frage überhaupt behandelt haben, dieselbe entschieden, indem sowohl Orth

Anmerkungen 2. Forts. p. 584, 601—602

sich sehr deutlich in diesem Sinne ausspricht, als auch v. Adlerflycht

Privatrecht II p. 501

mit Unrecht von der Beklagten für ihre Ansicht angeführt wird, da er die gesetzlichen Enterbungsgründe zwischen Aeltern und Kindern nur beispielsweise anführt.

320. Enterbung des Ehegatten. Beweisthema.

Es war bei dem den Klägern auferlegten Beweise der Enterbungsursachen, sowie er übereinstimmend von beiden vorigen Gerichten normirt worden, zu belassen. — Die Aenderung, welche die Beklagte an diesem Beweisthema verlangt, besteht nämlich darin, daß daraus weggelassen werde, daß sie

1. sich während der Ehe nicht so gegen ihren Ehemann betragen habe, wie es einer ordentlichen Hausfrau gezieme,

2. das Hauswesen und die Wirthschaft gänzlich vernachlässigt,

3. ihren Mann während dessen Krankheit nicht verpflegt und versorgt, und

4. dadurch selbst absichtlich seinen Tod herbeizuführen gesucht habe,

indem die Punkte unter 1 bis 3 als völlig irrelevant sich darstellten, der 4te aber, weil nur auf ihre innere Gesinnung gehend, unmöglich zu erweisen sei.

Allein da diese Vorwürfe der Beklagten im Testamente ihres Ehemannes wirklich gemacht sind, da bei der künftigen Beurtheilung, ob gerechte Ursachen zur Entziehung der Statutgebühr vorhanden gewesen seien, der Richter das ganze Verhalten der Beklagten, wie es sich aus dem Beweise herausstellt, ins Auge zu fassen haben wird, so mußte es für angemessen erachtet werden, auch diejenigen einzelnen Puncte, die, allein betrachtet, etwa unerheblich scheinen möchten, mit zum Beweise zu verstellen; und für um so unbedenklicher, als ja die Entscheidung über das Gewicht des einzelnen copulativ in den Beweis Aufgenommenen vom Stadtgerichte ausdrücklich dem künftigen Ermessen vorbehalten, mithin der Beklagten in keiner Weise präjudicirt worden ist. Daß aber dadurch, daß den Klägern etwas nicht Erweisbares zum Beweise verstellt ist, die Beklagte sich nicht für beschwert erachten kann, braucht kaum bemerkt zu werden.

321. Enterbung des Ehegatten. Einredenbeweis.

Der Einredenbeweis war den Anträgen der Beklagten gemäß dahin zu erweitern:

a. daß sie von ihrem Manne geschimpft und gemißhandelt,

b. daß sie von den Klägern und dem Gesinde verhindert worden sei, ihn in seiner Krankheit zu pflegen und

c. daß sie noch in den letzten Tagen seines Lebens eine Aussöhnung mit ihrem Ehemanne herbeizuführen sich bestrebt habe, aber mit gemeinen Schimpfreden von den Klägern und ihrem Ehemanne zurückgewiesen worden sei.

Denn wenn

ad *a.* die Beklagte von ihrem Ehemanne auch nur häufig geschimpft sein sollte, so würde dadurch ihr Betragen gegen ihn in einem milderen Lichte erscheinen. Ferner ist

ad *b.* klar, daß wenn auch das Gesinde die Beklagte gehindert haben sollte, ihren Mann zu pflegen, dies ihr, besonders nach dem, was die Kläger selbst über die damalige Stellung der Beklagten im Hause anführen, zu einiger Entschuldigung gereichen würde; und was endlich

ad *c.* den letzten Satz betrifft, so läßt sich keineswegs mit Bestimmtheit beurtheilen, ob er schon unter den directen Gegenbeweis falle, und ebenso wenig, ob er nicht als Beweis einer von dem Ehemanne gegen die Beklagte „gefaßte Gräme" je nach dem Ergebnisse des Beweises von Erheblichkeit sein könne, und schien es unter diesen Umständen ebenfalls angemessen, ihn speciell mit zum Beweise zu verstellen.

Bei dieser dem Gegenbeweise der Beklagten gegebenen Ausdehnung erschien es dann aber doppelt nöthig, den auch schon vom Stadtgerichte angedeuteten Gesichtspunct, daß sich die Erheblichkeit des Einzelnen noch zur Zeit nicht beurtheilen lasse, sondern es dabei theils darauf, in welchem Maße das Einzelne wird dargethan werden, theils auf das Verhältniß zum Ergebniß des klägerischen Beweises ankommen werde, durch eine ausdrückliche Clausel im Urtheile auszusprechen.

322. Ungültigkeit des Testaments wegen Zwangs.

Es mußte dem zweiten, alternativ mit dem vorigen der Beklagten von den vorigen Richtern nur dahin nachgelassenen Beweise: „daß der verstorbene Johann Peter Heintz von den Klägern zur Errichtung des Testaments vom 13. März 1844 gezwungen worden sei", eine weitere Fassung gegeben werden. Das Römische Recht redet freilich da, wo es von Ungültigkeit der Testamente wegen Einwirkung Anderer auf den Willen des Testators handelt, nur von Zwang

Titt. D. u. C. si quis aliquem testari prohibuerit vel coëgerit

und legt bloßem Zureden diese Wirkung nicht bei.

L. 3 D. si quis aliquem testari (29, 6)

L. 3 C. eodem (6, 34)

Allein es liegt in der Natur der Sache und ist auch ziemlich allgemein anerkannt, daß die Ueberredung unter Umständen dieselbe den Willensact vernichtende Wirkung hat. Denn es ist nicht eine durch den Zwang hervorgebrachte Aufhebung des freien Willens, sondern die Unsittlichkeit, das contra bonos mores Streitende, was darin liegt, weßhalb erzwungene Rechtsgeschäfte und so auch Testamente für ungültig erklärt werden.

L. 3 § 1 D. quod metus causa (4, 2)

L. 116 pr. D. de reg. jur. (50, 17)

v. Savigny System III. p. 100—104.

Diese Unsittlichkeit aber findet ebenfalls Statt, wenn auf einen schwer Kranken, einen Sterbenden, durch heftiges, anhaltendes Bitten so lange eingewirkt wird, bis er dem Willen des Bittenden gemäß gegen seine eigene Ueberzeugung testirt. Daher denn auch ein solchergestalt erwirktes Testament nach der ziemlich übereinstimmenden Meinung der Rechtslehrer ungültig ist.

Günther principia § 715

Thibaut System § 949

v. Wening-Ingenheim Lehrbuch V. § 64

Glück Commentar Bd. 33 p. 434 u. die das. cit. Schriftsteller Th. 38 p. 185 nte. 9.

In Uebereinstimmung hiermit redet denn auch die Frankfurter Reformation an der Hauptstelle

IV. tit. 9 § 8

zwar nur von der Nichtigkeit der durch „Gewalt, Schrecken und Forcht" abgedrungenen Testamente, macht es jedoch an einer anderen Stelle den bei Testamentserrichtungen zugezogenen Notar und Zeugen zur Pflicht, darauf zu achten, ob die Testirer auch vielleicht von denjenigen, die um ihnen sind, „mit ungestümen Anhalten zu solchem Testamente getrieben" seien.

Ref. IV. tit. 2 § 11.

Aus diesen Gründen konnte das vorige Erkenntniß, insofern es der Beklagten nur den Beweis eines eigentlichen Zwanges nach-

gelassen hat, nicht bestätigt, ebenso wenig aber das des Stadtgerichts, insofern nach demselben der Beweis einer bloßen Ueberredung als etwas vom Zwange wesentlich Verschiedenen genügen soll, dem Antrage der Beklagten gemäß wieder hergestellt werden; sondern es war der Beweis, wie im Urtheile geschehen, im Wesentlichen der letztgedachten Reformationsstelle entsprechend zu fassen.

323. Proceßkostenvorschuß.

Die Beklagte beschwert sich darüber, daß ihr durch den Bescheid des Stadtgerichts vom 2. December 1844 der von ihr verlangte Vorschuß zur Bestreitung der Proceßkosten aus dem sequestrirten J. P. Heintz'schen Vermögen abgeschlagen sei. Allein dieser Beschwerde konnte nicht stattgegeben werden. Denn

1. aus dem bloßen behaupteten Unvermögen, die Proceßkosten aus eigenen Mitteln aufzubringen, folgt im Allgemeinen, abgesehen von speciellen Ausnahmsfällen,

L. 7 in f. C. de ord. cognit. (7, 19)
c. 11 X. de accusat. (5, 1)

keineswegs, daß dem Gegner die Verbindlichkeit obliege, zu gestatten, daß sie aus dem Streitobjecte bestritten werden.

L. 17 D. de tut. et rat. distr. (27, 3.)

Was aber

2. insbesondere die Verpflichtung des Mannes betrifft, der Frau zu den Processen, welche sie gegen ihn führt, die Kosten vorzustrecken, so hat dieselbe ihren Grund lediglich in dem persönlichen, durch den Tod aufgelösten Verhältnisse der Eheleute, und es könnte daher selbst dann, wenn es sich hier von einem Processe gegen den Ehemann handelte, von einem Uebergange derselben auf seinen Nachlaß nicht die Rede sein. Und wenn

3. die Beklagte sich darauf beruft, daß ihr doch die Alimente aus diesem Nachlasse bewilligt seien, so ist das völlig unzutreffend, da Proceßkosten nicht zu den, durchgängig mehr privilegirten Alimenten gehören.

324. Armenrecht in dritter Instanz.

Es mußte bei der, der Beklagten durch das Decret vom 10. Mai d. J. auch für diese Instanz bewilligten, einstweiligen Annotirung der Sporteln, des Widerspruchs der Kläger ungeachtet, sein Verbleiben behalten. Denn da nach der unbedingten Vorschrift des § 111 der Oberappellationsgerichts-Ordnung derjenige, dem schon in der vorigen Instanz das Armenrecht ertheilt war, es auf sein Ansuchen auch in dieser Instanz genießt, so konnte, nachdem das Stadtgericht mittelst Bescheids vom 11. December 1844 der Beklagten einstweilige Annotirung der Sporteln zugestanden hatte, das Gleiche ihr auch vom Oberappellationsgerichte nicht versagt werden, ohne daß demselben eine Untersuchung darüber zustand, ob das Stadtgericht, so wie von ihm geschehen, hätte verfügen sollen. Und ebensowenig konnte es in Betracht kommen, daß das Oberappellationsgericht in der anderen zwischen denselben Partheien hier anhängigen Sache wegen der Forderung von fl. — der Beklagten das Armenrecht abgeschlagen hat, indem dasselbe in der betreffenden Sache nicht in den früheren Instanzen bewilligt war, dessen Ertheilung vielmehr dort zu des Oberappellationsgerichts, an welches die Beklagte deßhalb verwiesen war, freiem Ermessen stand. Nur auf einen solchen Fall des § 112 der Oberappellationsgerichts-Ordnung bezieht sich auch das Präjudicat, welches die Kläger geltend machen.

Nun haben zwar die Kläger sich darauf berufen, daß die Umstände der Beklagten sich inzwischen insofern geändert hätten, als dieselbe jetzt den ganzen Ertrag der einstweilen von ihr fortgeführten Wirthschaft für eigene Rechnung beziehe. Allein da dies zur Zeit noch nicht hinlänglich constatirt ist, so konnte hier keine Rücksicht darauf genommen werden, sondern es werden die Kläger deßhalb mit einem Antrage an das Stadtgericht sich zu wenden haben.

CXXX.

Joh. Adam Heintz und dessen Ehefrau Sophia, geb. Mitscher zu Oberrad, Kläger u. Widerbeklagte

contra

die Wittwe Anna Maria Heintz, geb. Schrodt daselbst, Beklagte u. Widerklägerin.

Johann Adam Heintz et ux. klagten gegen Joh. Peter Heintz und dessen Ehefrau Forderungen ein. Die Klage wurde später gegen die beklagtische Ehefrau fallen gelassen. Vor dem Urtheilsspruche starb Joh. Peter Heintz mit Hinterlassung eines Testaments, in welchem er seine Ehefrau von der Statutarportion enterbte, dagegen den Johann Adam Heintz als Erben seines Vermögens einsetzte. Die Wwe des Joh. Peter Heintz, Anna Maria Heintz, geb. Schrodt, focht das Testament an. Johann Adam Heintz beantragte nun zur Aushandlung des ursprünglichen Processes, bis zu ausgemachtem Erbschaftsprocesse die Ernennung eines curator ad hoc. Das Stadtgericht willfahrte diesem Antrage am 28. Juni 1844. Auf Appellation der Beklagten wurde dieses Urtheil vom Appellationsgerichte am 4. Juli 1844 bestätigt, dagegen unter Compensation sämmtlicher Kosten vom Oberappellationsgerichte am 20. Sept. 1845 wiederum aufgehoben und dahin erkannt, daß dem Verfahren über die Forderung von fl. —, welche die Kläger gegen den Nachlaß ihres Sohnes Joh. Peter Heintz weiter zu verfolgen beabsichtigen, insofern sie es nicht vorziehen sollten, diese Sache, unter Vorbehalt ihrer Rechte aus dem J. P. Heintz'schen Testamente und unbeschadet des Fortgangs der deßhalb angestellten Klage, gegen die Beklagte auszuhandeln, bis zur Erledigung des zwischen den Partheien stattfindenden Erbschaftsprocesses Anstand zu geben sei.

325. Ist für den Erben, der zugleich Nachlaßgläubiger ist, bei einer Beneficial-Erbschaftsantretung zur Vertretung des Nachlasses gegen die Forderung des Erben ein curator ad hoc zu bestellen?

Der Antrag des Klägers auf Bestellung eines curator ad hoc ist schon an und für sich durchaus unstatthaft zu achten. Faßt man nämlich

1. die Frage, ob, wenn ein Erbe, der, wie die Kläger, zugleich Gläubiger des Erblassers ist, dessen Erbschaft cum beneficio inventarii antritt, zur Vertretung des Nachlasses gegen die Forderung des Erben ein curator ad hoc zu bestellen sei, zuvörderst ganz allgemein auf, so ist dieselbe

a. nach gemeinem Rechte, wiewohl von den älteren Practikern häufig bejaht, wie dies

Faber codex defin. for. L. VII. tit. 19 def. 17
Mevii Decisiones L. II. dec. 166

bezeugen, doch unbedenklich zu verneinen. Denn das Römische Recht kennt einen solchen Curator nicht, sondern in Beziehung auf die Güter eines Verstorbenen nur in den beiden Fällen, wenn entweder kein Erbe vorhanden ist

L. 1 § ult. D. de muner. (50, 4)

oder der vorhandene mit der Antretung säumt.

L. 8. D. quibus ex causis (42, 4)

Und dies erklärt sich auch ganz einfach, wenn man erwägt, daß, obgleich die Forderungen des Beneficialerben an den Nachlaß nicht durch confusio erlöschen, er doch in dem einzigen Falle, wo überall eine gerichtliche Entscheidung über deren Rechtsbestand nöthig wird, wenn nämlich der Nachlaß insolvent ist und er anderen Creditoren desselben einen Abzug sollte machen wollen, die Sache mit diesen etwa seine Forderung anfechtenden Gläubigern direct auszumachen hat, ohne daß es zu dem Ende irgendwie eines den Nachlaß vertretenden Curators bedarf,

L. ult. § 9 C. de jure delib. (6, 30)
Faber de erroribus pragmaticorum P. I. dec. 2 error 3

indem es sich sogar fragt, ob die Gläubiger an eine Entscheidung gebunden sein würden, die zwischen dem Erben und einem ohne

ihr Zuthun und ohne sie vorher darüber vernommen zu haben, bestellten Curator erfolgt wäre.

b. Auch das Frankfurter Recht schreibt in der von den Klägern geltend gemachten Verordnung vom 20. Februar 1623 zwar die Bestellung eines **curator bonorum** für den Fall vor, wo eine Erbschaft bereits **cum beneficio** angetreten ist, und enthält also insofern allerdings etwas im Römischen Rechte nicht Vorkommendes; allein sie ordnet diese Bestellung nicht zu Gunsten des Beneficialerben, sondern bedroht ihn vielmehr damit als Strafe, wenn er die Auseinandersetzung der Erbschaft nicht gehörig betreiben sollte; daher denn der Beneficialerbe selbst aus dieser Verordnung unmöglich ein Recht, die Bestellung eines Curators zu verlangen, herleiten kann. Sieht man aber

2. auf die besondere Lage des vorliegenden Falles, auf welche die Kläger sich auch hauptsächlich stützen, wo die Beklagte als Wittwe des Erblassers dessen ihr die Statutarportion entziehendes Testament anficht, und die Gerichte, statt die Kläger vorläufig in den Besitz des Nachlasses auf den Grund des äußerlich fehlerfreien Testaments zu immittiren, eine Sequestration des Nachlasses angeordnet haben, so sind freilich die Kläger dadurch außer Stand gesetzt, sich wegen ihrer Forderung zur Zeit aus dem Nachlasse bezahlt zu machen, allein sie haben deßhalb doch nicht das Recht zu verlangen, dieselbe mit einem dazu zu bestellenden Curator auszumachen, sondern es bleibt ihnen nichts übrig, als entweder die Sache einstweilen bis zu erledigtem Erbschaftsstreite ruhen zu lassen oder wenn sie dies nicht wollen, sie gegen die Beklagte fortzusetzen. Es fehlt nämlich durchaus an allen Gründen, um gegen die allgemeine Regel, wonach jede großjährige und selbstständige Person berechtigt ist, ihre Rechtsstreitigkeiten selbst auszufechten, der Beklagten einen Curator aufzudringen, wenigstens ist ein solcher Grund in der Ungewißheit, ob die Beklagte die Erbin ihres Ehemannes sei, nicht erfindlich, indem vielmehr die Rechte für solche Fälle, wo es zweifelhaft ist, wer von zweien Personen der eigentliche Erbe sei, nicht die Bestellung eines Curators zur Vertretung des Nachlasses vorschreiben, sondern den Gläubiger ermächtigen, den Einen, so wie den Andern in Anspruch zu nehmen.

L. 4 § 1 D. si cui plus quam per Leg. Falc. (35, 3)
L. 12 § 1 D. de petit. hered. (5, 3)

Hiernach steht es den Klägern vollkommen frei, den Proceß wegen ihrer Forderung von fl. — sogleich mit der Beklagten fortzusetzen, um für den eventuellen Fall, daß diese künftig als Statutarerbin sollte anerkannt werden, ein condemnatorisches Urtheil wider sie auszuwirken, was die Beklagte, die sich fortwährend jene Erbqualität beilegt, nicht füglich ablehnen kann, und die Kläger, abgesehen von den von ihr zu besorgenden Chicanen ebenso schnell zum Ziele führen wird, als die Verhandlung mit einem Curator. Auch entbehrt Alles, was die Kläger sonst noch für eine solche Curatelbestellung geltend machen, jedes zureichenden Grundes. Denn wenn sie sich

a. darauf berufen, daß doch das Römische Recht z. B. —

L. 7 § 11 (rect. § 19) L. 8 u. 9 D. quib. ex caus. (42, 4)

bei verwickelten Erbschaftsverhältnissen zum Besten der Gläubiger Curatelbestellungen gestatteten, so kommt dagegen in Betracht, daß diese gesetzlichen Vorschriften, wenn sie auch nicht auf die speciellen in den angeführten Stellen vorkommenden Fälle zu beschränken sein dürften, doch jedenfalls einen Nothfall voraussetzen, wo den Gläubigern in keinem anderen Wege geholfen werden kann, ein solcher Nothfall aber nach dem oben Bemerkten hier nicht vorliegt, indem vielmehr die Gesetze für den Fall, wo eine Erbschaft zwischen mehreren Personen streitig ist, wie bemerkt, jenen anderen Ausweg an die Hand geben.

b. Ebenso unhaltbar ist es, wenn sie meinen, daß eine Entscheidung, die ein Gläubiger gegen einen bloßen **possessor hereditatis**, dessen Erbenqualität noch nicht gewiß sei, auswirken möchte, ihm keine volle Sicherheit gewähren würde. Denn die oben angeführten Stellen des Römischen Rechts, welche den Gläubiger anweisen, die mit einander streitenden Erben, Beide in Anspruch zu nehmen, setzen ja gerade diesen Fall voraus, und es würde ein gegen die Beklagte erstrittenes Urtheil für den Fall, daß sie künftig als Statutarerbin anerkannt werden sollte, ihnen volle Sicherheit und überdies, wie unten noch vorkommen wird, für den Fall, daß sie in dem Erbschaftsprocesse unterliegen sollte, in An-

sehung des auch dann in Betracht kommenden Betrages der Errungenschaft allein Sicherheit gewähren. Wenn ferner

c. die Kläger es geltend machen, daß sie den Proceß aus dem Grunde nicht wohl gegen die Beklagte fortsetzen könnten, weil sie diese dadurch als Statutarerbin anerkennen würden, so ist es klar, daß, da die Kläger gleichzeitig in einem anderen Processe die Erbenqualität der Beklagten bestreiten und der Grund, der sie ungeachtet jenes Processes zur Fortsetzung des gegenwärtigen veranlaßt, offen vorliegt, jene Anerkennung unter diesen Umständen nicht wohl würde gefolgert werden können. Um indessen jeden Anstand in dieser Beziehung zu beseitigen, ist in das Urtheil ein besonderer Vorbehalt aufgenommen worden. Gleichfalls unerheblich ist

d. der Einwand, daß ihnen nicht zuzumuthen stehe, einen Proceß gegen die Beklagte zu führen, der, wenn diese in dem Erbschaftsproceß unterliegen sollte, ganz unnütz sein würde. Denn theils würde das, wenn es richtig wäre, bei der Fortsetzung des Processes gegen einen Curator ad hoc ganz in gleichem Maße der Fall sein, theils ist es keineswegs richtig, indem die Hälfte der ehelichen Errungenschaft jedenfalls der Beklagten zusteht, mithin selbst dann, wenn dieselbe der Statutarerbschaft sollte verlustig erklärt werden, die Frage von dem Dasein oder doch der Größe der Errungenschaft immer eine Entscheidung über den Rechtsbestand der Forderung der Kläger zwischen ihnen und der Beklagten nöthig machen würde. Ja es würde für diesen Fall gerade die Fortsetzung des Processes gegen einen curator ad hoc als Vertreter des Nachlasses etwas ganz Unnützes sein, indem ein gegen diesen erstrittenes günstiges Urtheil gegen die Beklagte in ihrer Eigenschaft als Eigenthümerin der halben Errungenschaft schwerlich würde geltend gemacht werden können. Nun haben freilich die Kläger

e. endlich noch auf die Weiterungen und Chicanen hingewiesen, denen sie in einem Processe mit der Beklagten würden ausgesetzt sein; und allerdings scheint diese Besorgniß nach dem, was die Acten schon jetzt ergeben, nicht ohne Grund. Allein eine solche Besorgniß mag unter Umständen zwar wohl einen Antrag auf Ableistung des juramentum malitiae gegen die Parthei und ihren

Sachführer rechtfertigen, auch den Richter veranlassen, von Amtswegen darauf zu erkennen.

Ref. I. tit 84

Kein Gesetz aber gestattet einer Parthei wegen Verdachts gefährdevoller Proceßführung die eigene Betreibung ihrer Sache zu entziehen und statt ihrer einen Curator zu bestellen.

CXXXI.

Elisabetha Müller dahier, Kläger

contra

C. Janson dahier, Beklagten.

Die gegen ein Urtheil des Appellationsgerichts vom 20. Juni 1845 ausgeführte Oberappellation wurde vom Oberappellationsgerichte am 22. September 1845 als desert erklärt.

CXXXII.

Adam Fischer dahier, Kläger

contra

H. A. von Roggenbach zu Mannheim, Beklagten.

Adam Fischer schloß als Mandatar der Wwe Zwier mit H. A. v. Roggenbach einen Kaufvertrag über ein Immobil ab. v. Roggenbach versprach für den Fall, daß die Wwe Zwier sämmtliche, nach dem Interimskaufbrief obliegende Verbindlichkeiten erfüllt habe, ein Honorar von fl. —. Das Kaufgeschäft zwischen v. Roggenbach und der Wwe Zwier löste sich wieder auf, da die letztere ihren Verbindlichkeiten nicht nachkommen konnte. Adam Fischer klagte nun das Honorar gegen v. Roggenbach aus.

Das Stadtgericht erkannte am 24. Januar 1844:

I. hat Kläger zu beweisen, daß ihm beklagter Theil als Honorar für den im Herbst 1840 zwischen dem Beklagten und der Wwe Zwier abgeschlossenen Vertrag die Summe von fl. — zu bezahlen versprochen habe;

II. dem beklagten Theil bleibt der Gegenbeweis überhaupt und namentlich auch dahin vorbehalten, daß er dem Kläger die Summe von fl. — lediglich für den Fall versprochen habe, daß Wwe Zwier die ihr nach vorerwähntem Vertrage obliegenden Verbindlichkeiten erfülle.

Auf Appellation des Klägers wurde dieses Urtheil bestätigt vom

Appellationsgerichte am 18. März 1844.

Oberappellationsgerichte am 30. Septemb. 1845.

326. Der dies incertus gilt für eine Bedingung.

Wenn Kläger meint, daß in dem Worte: „Nachdem", welches zu Anfang der Urkunde vom 8. November 1840 gesetzt ist, nur eine Zeitbestimmung, ein dies keine Bedingung, conditio liege, so steht dem entgegen, daß da, wo der dies ein incertus ist, derselbe allerdings als eine conditio gilt und zwar nicht bloß bei Testamenten, sondern auch bei Verträgen.

L. 56 in. f. D. de cond. ind. (12, 6)

v. Savigny System III. § 125

Mühlenbruch Lehrbuch ed. 4. Th. I. § 110.

Nun war es aber offenbar etwas Ungewisses, ob und wann die Wwe Zwier die schuldigen Zahlungen leisten würde, mithin lag hier ein bedingtes Versprechen vor und die Bedingung, woran es geknüpft wurde, ist nicht eingetreten.

CXXXIII.

Tillmanns u. Scherpenhausen zu Crefeld, Kläger
contra
Johann Philipp Valentin dahier, Beklagten.

Auf geführte Beweisverhandlungen erkannte das Stadtgericht am 19. September 1842 auf den Reinigungseid des Beklagten, während das Appellationsgericht am 4. Januar 1843 den Kläger zu dem Erfüllungseide zuließ. Dieses Urtheil wurde auf Appellation des Beklagten vom Oberappellationsgerichte am 30. September 1845 bestätigt. Zugleich wurde dem klägerischen Sachführer bei Strafe von fünf Thalern aufgegeben, binnen vier Wochen eine gehörig beglaubigte Vollmacht seiner Mandanten mit Genehmigung des bisher von ihm in diesem Rechtsstreite Verhandelten bei dem Oberappellationsgerichte beizubringen.

327. Gegenbeweis gegen eine im Gegenbeweis aufgestellte Präsumtion.

Die Production des Schreibens (der Kläger vom 3. September 1841) mit der Impugnationsschrift war formell zulässig, da die Kläger gegen diesen Gegenbeweis des Beklagten, welcher in einer Präsumtion bestand, wieder ihrerseits einen Gegenbeweis führen konnten, insofern sie denselben auf solche Momente beschränkten, wodurch bloß jene Präsumtion elidirt werden sollte, hierzu aber, weil dafür keine Beweisfrist vorgeschrieben war, bis zum Actenschlusse im Beweisverfahren Zeit hatten, wozu noch die Begünstigung kommt, welche nach der

Ref. I. tit 31 § 2, 4 u. 17

der Urkundenbeweis überhaupt genießt.

328. Beglaubigung der auswärts ausgestellten, aber von Frankfurt datirten Vollmacht.

Da aus dem eigenen Vortrage des Sachführers der Kläger, welcher auch die hiesigen Procuratorenvollmachten ausgestellt hat,

hervorgeht, daß seine Vollmacht [2] der Acten des Stadtgerichts, obgleich darin Frankfurt als der Ausstellungsort angegeben worden, nicht dort, sondern zu Crefeld ausgestellt, in diesem Falle aber auch in Frankfurt eine Beglaubigung unerläßlich ist, so mußte dem Sachführer noch die im Erkenntnisse enthaltene Auflage gemacht werden.

CXXXIV.

Die Erben des Abraham Bernhard Schlesinger und Ehefrau Gutta, geb. Emden, Imploranten.

In dem Bd. III No. CVIII. mitgetheilten Rechtsfalle erkannte auf Antrag des Kreis- und Stadtgerichts zu München, Namens der Gläubiger eines der Miterben, das Stadtgericht am 25. November 1844:

2. Wird der hiesigen Handlung A. B. Schesinger Eidam aufgegeben, von den bei ihr ausstehenden Capitalien des Nachlasses der A. B. Schlesinger'schen Eheleute, sowie von den Zinsen dieser Capitalien bei Strafe doppelter Zahlung bis auf Weiteres an Niemanden etwas zu verabfolgen.

3. Da der Nachlaß der A. B. Schlesinger'schen Eheleute unvertreten ist, so wird Herr D. jur. Manhayn als Curator dieses Nachlasses hierdurch ernannt. — —

Auf Appellation der Kinder der A. B. Schesinger'schen Eheleute wurde diese Verfügung vom Appellationsgerichte am 13. December 1844 bestätigt, vom Oberappellationsgerichte am 30. September 1845 dahin abgeändert, daß die angeordnete Curatel wieder aufzuheben, das bei der Handlung A. B. Schlesinger Eidam angelegte Verbot auf die Zinsen von dem der Mit-Implorantin Jette Lemburg im § 3 des mütterlichen Testaments ausgeworfenen Erbantheile zu beschränken, im Uebrigen aber gleichfalls wieder aufzuheben sei.

329. Anordnung einer Curatel über eine, Großjährigen zugefallene und von diesen angetretene Erbschaft.

Es konnte nun, soviel zuvörderst die Curatel anbetrifft, bei derselben nicht belassen werden. Zwar ist der den vorigen Richtern von Seiten der Apellanten gemachte Vorwurf eines Attentats, da es sich hier bloß um eine richterliche Provisional-Verfügung handelt, nach der klaren Vorschrift des § 152 der Gerichtsordnung für das Oberappellationsgericht auch in der jetzigen Lage der Sache nicht zutreffend. Dahingegen ist die Anordnung einer Curatel über eine Erbschaft, welche großjährigen und dispositionsfähigen Personen zugefallen und welche auch bereits von diesen angetreten ist und sich zum größten Theile im Besitze derselben befindet, eine so ungewöhnliche, die Rechte der Betroffenen so tief verletzende Maßregel, daß sie nur durch die allertrifftigsten und durch ganz besonders dringende Gründe gerechtfertigt werden könnte. Solche Gründe sind aber nicht vorhanden. Es ist dafür in den Acten geltend gemacht:

1. es liege hier der Fall des gemeinen Bescheides vom 20. Februar 1623 (Beyerbach II. p. 239) vor;

2. es sei die Curatelbestellung eine nothwendige Folge des auf Requisition des Kreis- und Stadtgerichts zu München angelegten Verbots;

3. der Nachlaß der Schlesinger'schen Eheleute sei unvertreten;

4. das Interesse der Gläubiger, vorzüglich aber des Sohnes des N. Lemburg in München habe die fragliche Maßregel nothwendig gemacht. Allein

ad 1. bedarf es keiner umständlichen Erörterung, daß jener gemeine Bescheid hier keine Anwendung leidet, da der darin vorausgesetzte Fall, nämlich der Antretung einer Erbschaft cum beneficio inventarii, hier nicht vorhanden ist, indem im Gegentheil die Schlesinger'schen Erben den Nachlaß ihrer Eltern pure und unbedingt angetreten haben. Es ist ferner

ad 2. das angelegte Verbot — selbst wenn es in dem Umfange, wie es verhängt worden, wovon unten zu reden sein wird, zu billigen wäre — ebenso wenig ein genügender Grund zur

Curatelbestellung, da ein bei einem Dritten angelegter Arrest nicht die Folge hat, daß nun auch das mit Arrest belegte Object unter eine Curatel gestellt würde, sondern dem Befehlsträger selbst die Sorge für die Bewahrung und Erhaltung desselben überlassen wird, insofern er nicht davon entledigt zu werden verlangt; auch konnte dies im vorliegenden Falle mit um so größerer Sicherheit geschehen, da die Acten auch nicht den entferntesten Grund an die Hand geben, an der Solvenz der Handlung A. B. Schlesinger Eidam, bei der das Verbot angelegt ist, zu zweifeln, und auch von dem in dieser Instanz besonders vernommenen Curator dawider nicht das mindeste Bedenken erhoben worden ist. Aber auch

ad 3. der besonderen Anordnung einer Vertretung des Nachlasses qu. bedurfte es nicht, da sich keineswegs sagen läßt, daß derselbe unvertreten sei. Die rechtmäßigen Vertreter eines Nachlasses sind nämlich die Erben, und diese haben schon den hier fraglichen Nachlaß — wie bemerkt worden — pure angetreten, auch das durch die Verordnung vom 10. Januar 1843 (Ges. Samml. VIII. p. 28) vorgeschriebene Versprechen geleistet. Ueberdies aber sind auch bereits edictales ad quoscunque heredes et creditores ergangen, und es ergeben die Acten, daß außer den Raphael Lemburg'schen Creditoren, von denen noch besonders zu reden ist, sich Niemand gemeldet hat. Es ist demnach nicht abzusehen, in wiefern es noch einer officiellen Fürsorge für die Vertretung des Nachlasses bedurft habe. Denn was

ad 4. insbesondere

A. die erwähnten Gläubiger des R. Lemburg in München anbetrifft, sohaben diese selbst nur — — ein Verbot verlangt, daß einstweilen von den Zinsen des Antheils der Mitimplorantin Jette Lemburg an der mütterlichen Erbschaft nichts verabfolgt werde, und war mithin keine Veranlassung, die Fürsorge für jene Gläubiger noch weiter zu erstrecken. Aber auch

B. die Anordnung eines Fideicommisses zu Gunsten des R. Lemburg'schen Sohnes machte die Anordnung einer Curatel nicht nöthig, am wenigsten über den ganzen Nachlaß der Schlesinger'schen Eheleute. Denn der mit dem Fideicommiß belegte Theil desselben wird gegen Dritte durch die Mutter Jette

Lemburg als heres directa vertreten, indem bei einem Fideicommisse der Fiduciar der wirkliche Erbe und daher auch zur Antretung verpflichtet ist und nur demnächst die Erbschaft, so weit sie mit dem Fideicommisse belastet, an den Fideicommissar restituiren muß.

L. 4 D. ad SC. Trebell. (36, 1)

Nun hat aber die genannte Jette Lemburg bereits ebenfalls die Erbschaft angetreten und einen Bevollmächtigten zur Wahrnehmung ihrer Gerechtsame in Frankfurt bestellt. Dabei hat sie freilich zugleich den Fortbestand des Fideicommisses bestritten. — — — Allein wenngleich darüber noch mit dem Sohne oder mit dessen Vertretern, insofern er noch minderjährig, verhandelt und demnächst entschieden werden muß, so ist doch die einstweilige Sicherheit des Sohnes nicht gefährdet, da sich der mit dem Fideicommisse belegte Erbtheil in den Händen des Inhabers der Schlesinger'schen Handlung befindet, von dessen nicht zu bezweifelnder Solvenz schon geredet ist, und derselbe sich durch eine Auszahlung an die Fiduciar-Erbin (die überdies, wie schon bemerkt worden, selbst die Erschöpfung des Erbantheils durch frühere Darlehn behauptet) um so mehr verantwortlich machen würde, als er Einer derjenigen ist, welche nach der Vorschrift des Testaments die Art und Weise der Geldanlage bestimmen und die Administratoren des Fideicommisses ernennen sollen. Ueberdies ist durch die Mittheilung des Testaments nach München den dortigen Behörden Kunde von den testamentarischen Bestimmungen zu Gunsten des Jos. Lemburg gegeben, und kann es daher der obervormundschaftlichen Behörde, insofern derselbe noch minderjährig ist, überlassen werden, weitere Sicherheitsleistung z. B. die Bestellung einer cautio fideicommissaria, wenn sie dieselbe für nöthig erachten sollte, zu beantragen, auch erscheint es um so zweckmäßiger, das Weitere dieser Behörde zu überlassen, da der Fortbestand des Fideicommisses nach demjenigen, was darüber von den Erben angeführt worden ist, wenigstens noch immer für problematisch gehalten werden muß.

330. Requisition und Beschlaglegung von Seiten eines auswärtigen Gerichts.

Anlangend dagegen das bei der Handlung A. B. Schlesinger's Eidam angelegte Verbot, so war dem Antrage der Appellanten, auch dieses gänzlich aufzuheben, keine Statt zu geben, sondern dasselbe nur in dem, im Urtheile näher angegebenen Maße zu beschränken.

Unstreitig war das Kreis- und Stadtgericht in München die competente Behörde, um auf den Antrag der Creditoren des R. Lemburg diejenige Requisition zu erlassen, welche das fragliche Verbot zur Folge gehabt hat. Denn da die Competenz jenes Gerichts, als forum concursus et domicilii der Lemburg'schen Eheleute, hinsichtlich der zwischen den gedachten Creditoren und der Jette Lemburg zu ventilirenden Streitfrage, ob dieselbe auch mit dem ihr eigenthümlichen Vermögen für die Schulden ihres Mannes aufzukommen habe, sich ganz von selbst verstand, so war dasselbe auch competent, bei der auswärtigen Behörde den zur Sicherstellung der Ansprüche der Creditoren für erforderlich erachteten Arrest im Wege der Requisition zu erwirken. Demnach hatte das Stadtgericht zu Frankfurt Recht, solcher Requisition Folge zu leisten. Insbesondere kommt ihm ein Urtheil über den materiellen Rechtsbestand jener Requisition überall nicht zu. Und wenngleich die Lemburg'schen Creditoren sich mit Anträgen auf Arrestanlegung auch direct an die Frankfurt'schen Gerichte hätten wenden können, so waren sie doch dazu nicht verpflichtet, und war jedenfalls dadurch, daß sie das Kreis- und Stadtgericht zu München angingen, die Jurisdiction dieses Gerichts ebenfalls begründet.

Dahingegen mußte sich freilich das Stadtgericht streng an die Requisition*) halten. —

*) Die Requisition beschränkte sich auf das Ansuchen „über den Bestand der mütterlichen Erbschaft der Lemburg'schen Ehefrau Aufschluß zu ertheilen, die Renten der fraglichen Erbschaft zu Gunsten der Lemburg'schen Gläubiger mit Beschlag zu belegen, und die Schuldner derselben, insbesondere das Haus A. B. Schlesinger's Eidam, bei welchem die Erbschafts-Capitalien aufliegend sein sollen, zu beauftragen, von den Capitals-Zinsen, bei Ver-

CXXXV.

Joh. Heinrich Witte dahier, Kläger

contra

Joh. Dietrich Heitmann et uxorem, Beklagte.

Nachdem die CXX. und CXXI. mitgetheilten Urtheile des Oberappellationsgerichts zurückgekommen und diese Streitsachen in das Beweisverfahren gelangt waren, klagte am 5. Juni 1845 Joh. Heinrich Witte in Folge der bereits am 30. December 1843 geschehenen Kündigung gegen die Heitmann'schen Eheleute auf sofortige Räumung des Locals. Die Beklagten gaben zu, daß der Miethvertrag am 1. Juni 1845 abgelaufen sei, falls ein halbes Jahr vor dem Ende dieses Zeitraumes gekündigt werde. Die Kündigung vom 30. December 1843 sei aber unwirksam und ungenügend,

1. weil nicht präcis ein halbes Jahr vor dem 1. Juni 1845 gekündigt worden sei;

2. weil die Kündigung aus einem anderen Grunde (nämlich wegen Miethzinsrückstand) geschehen sei;

3. weil sie unbefugt vorgenommen, mithin nichtig sei, da Beklagte in keinem Rückstande mit dem Miethzinse gewesen seien.

Das Stadtgericht verurtheilte am 16. Juni 1845 die Beklagten den noch inne habenden Wohnungstheil im Taubenhof binnen 14 Tagen zu verlassen, vorbehaltlich des Rechts des Klägers an ihren illatis et invectis.

Dieses Urtheil wurde unter Verurtheilung der Beklagten in die Kosten bestätigt vom

Spruchcollegium zu Jena am 5. September 1845

Oberappellationsgerichte am 20. October 1845.

---

meidung nochmaliger Zahlung, weder an Raphael Lemburg oder dessen Ehefrau, noch an sonst Jemand etwas verabfolgen zu lassen.

331. Miethvertrag. Kündigung.

Es ist von selbst klar, daß jene Worte (falls nicht ein halbes Jahr vor dem Ende dieses Zeitraumes aufgekündigt wird) nur den Sinn haben, wenigstens ein halbes Jahr vorher, daß also die Kündigung nur nicht später geschehen durfte, wohl aber früher geschehen konnte; und da der Kläger nachher die Räumungsklage wirklich angestellt und fortwährend betrieben hat, so kann auch nicht etwa daraus, daß die hier in Frage stehende Kündigung eine so geraume Zeit vor dem 1. December 1844 stattfand, das Bedenken erregt werden, ob vielleicht der Kläger von derselben wieder abstrahirt habe. Anlangend aber das zweite und dritte Argument (cf. oben Einleitung) so kommt es bei der jetzigen Klage nur darauf an, ob eine in der Form einer Kündigung ausgesprochene Willenserklärung des Klägers, wodurch seine Absicht, die Miethe über die im Contracte festgesetzte Ablaufszeit hinaus zu prolongiren, ausgeschlossen wird, stattgefunden hat; diesen seinen Willen nun aber, den Contract nicht bis zum 1. Juni 1846 fortzusetzen, hat er dadurch auf das Bestimmteste ausgesprochen, daß er den Contract sogar schon auf den 31. März 1844 gekündigt hat, und dieses Factum, als Willenserklärung bleibt völlig wirksam, gleichviel aus welchem Grunde die Kündigung vom 30. December 1843 geschah und ob sie damals eine mit rechtlicher Befugniß vorgenommene Handlung war.

332. Miethvertrag. Stillschweigende Prolongation.

Uebrigens konnte — wie auch schon in den vorigen Entscheidungsgründen bemerkt ist — selbst ohne Kündigung doch nicht von einer stillschweigenden Prolongation des Contracts vom 19. Juli 1841 die Rede sein, weil die Beklagten am 31. März 1844 einen Theil der gemietheten Localitäten an den Kläger zurückgegeben haben, und zwar den hauptsächlichsten Theil, wie sich daraus ergibt, daß der Kläger selbst in dem andern Processe (n. CXXI.) den Miethwerth des Uebrigen nur zu jährlich 300 fl. anschlägt und die Beklagten dies noch als zu hoch bestreiten. Denn da in jenem Contracte der Miethzins von 1200 fl. für

sämmtliche Localitäten im Ganzen festgesetzt ist, so hätte nun eine anderweite Vereinbarung über den Miethzins getroffen, mithin jedenfalls ein neuer Miethcontract abgeschlossen werden müssen.

CXXXVI.

Margaretha Grummedt aus B., Klägerin
contra
den Fuhrmann Georg E. aus Fulda, Beklagten.

Auf geführte Beweisverhandlungen erkannte das Stadtgericht am 4. December 1844 auf den Reinigungseid des Beklagten dahin, daß er sich im Monat December des Jahres 1843 mit der Klägerin geschlechtlich nicht vermischt habe. Im Falle des Nichtschwörens wurde Beklagter schuldig erkannt, pro defloratione und für die Kosten des Wochenbetts 25 fl. und für die Kosten der Beerdigung des von der Klägerin am 27. Mai 1844 todt gebornen Kindes fl. 5. 34 kr. an die Klägerin zu bezahlen. Auf beiderseitige Appellation erkannte das Appellationsgericht am 29. Januar 1845 bestätigend, das Oberappellationsgericht erhöhte dagegen unter Kostencompensation am 21. October 1845 die im Fall der Nichtleistung des Reinigungseides festgesetzten Präſtationen des Beklagten auf 50 fl. pro defloratione und für die Kosten des Wochenbetts und auf fl. 10. 20 kr. für Beerdigungskosten.

333. Reinigungseid. Verdacht wahrscheinlich gemacht.

Das Canonische Recht erfordert, um auf einen Reinigungseid zu erkennen, nur, daß wenigstens einige Vermuthung für den Kläger vorhanden ist

c. 36 § 1 X. de jurejur (2, 24)

und die Stadtreformation

I. tit. 39 § 9

ermächtigt den Richter, dem Beklagten „das juramentum purgationis aufzulegen", um seine Unschuld zu betheuern und alles bösen Verdachts und Argwohns sich zu erledigen.

Von einem solchen Verdachte läßt sich aber der Beklagte, auch nach der jetzigen Sachlage, nicht freisprechen. — — — Noch hat der Beklagte seinen Antrag, ihn ohne Weiteres von den Ansprüchen der Klägerin zu entbinden, darauf stützen wollen, daß die Zeit der Niederkunft derselben (am 27. Mai 1844) nicht mit der von ihr so bestimmt angegebene Zeit des Beischlafs (im December 14 Tage vor Weihnacht 1843) übereinstimme, und wenn die Klägerin dieses Bedenken durch das Anführen zu beseitigen gesucht hat, daß sie zu frühe niedergekommen sei und sich zum Beweise dieses Umstandes auf das ohnehin unbeglaubigte Zeugniß der Hebamme B. — beruft, worin gesagt worden, daß die Klägerin eine Frühgeburt von 5 Monaten und 14 Tagen zur Welt gebracht habe, so erhebt sich dagegen das zweifache Bedenken, daß nach dem Auszuge aus dem Hauptkirchenbuche der Dr. med. K. vielmehr das Kind als todt zur Welt gekommen angegeben hat, welches Ausdrucks man sich von einem abortus nicht eben zu bedienen pflegt, und daß auch eine Hebamme nicht befähigt ist, hierüber ein völlig beweisendes Zeugniß zu ertheilen, sondern dazu das Attestat des Physicus oder doch wenigstens eines Geburtshelfers erforderlich gewesen wäre. Indeß kommt es auch hier, wo es sich bloß davon handelt, ob noch ein Reinigungseid zu leisten sei, auf einen vollständigen Beweis der Frühgeburt nicht an, sondern es genügt schon, wenn dieselbe nur wahrscheinlich gemacht ist. Dazu ist aber die, ihrer Aechtheit nach nicht in Zweifel gezogene Angabe der Hebamme B. allerdings hinreichend, indem, wenn eine solche auch nicht für fähig erachtet werden kann, das Alter eines neugebornen Kindes mit völliger Genauigkeit zu bestimmen, sie doch darüber, ob ein Kind bedeutend zu frühe geboren sei, wohl ein Urtheil abzugeben im Stande ist. Das ist aber in dem vorliegenden Falle schon hinreichend, wo das Kind nach der gesetzlichen Bestimmung in der

L. 3 § 12 D. de suis et legit. hered. (38, 16)

schon als aus einem, um die von der Klägerin angegebenen Zeit

gepflogenen Beischlaf herrührend angesehen werden müßte, wenn es auch nur um einen Monat zu frühe geboren wäre.

334. Formulirung des Eides.

Die Eidesformel, wie sie im Stadtgerichtserkenntnisse normirt worden, entspricht vollkommen dem rechtskräftigen Beweisinterlocute und ist auch insoweit nichts von der Klägerin dagegen erinnert. Sie verlangt aber eine Erweiterung des Eides, indem darin auch aufgenommen und von dem Beklagten mit beschworen werden soll,

1. daß er sich nicht erboten habe, das Kind der Klägerin, wenn es am Leben bliebe, seiner Schwester in Fulda zu übergeben,

2. daß er nicht zur Abfindung der Klägerin bereit gewesen sei,

3. daß er nicht außergerichtlich dem Zeugen Sch. gegenüber seine Vaterschaft anerkannt und endlich

4. daß er die Klägerin nicht bei ihrer Dienstherrschaft besucht habe.

Von diesen verschiedenen Puncten könnten nun freilich etwa der erste und dritte aus dem Gesichtspuncte einer Gewissensschärfung mit in den Eid aufgenommen werden, indem es seine Richtigkeit hat, daß der Richter bei der Formulirung des Eides nicht gerade strenge an den Wortlaut des Beweisthema's gebunden ist und in concreto es bedenklich erscheinen würde, den Beklagten noch zur Leistung des stadtgerichtlichen Eides zuzulassen, wenn er einräumen müßte, sich wirklich so, wie unter 1. und 3. erwähnt ist, geäußert zu haben, wohingegen der zweite und vierte Punct nicht in Betracht kommen, da sie durchaus keinen sicheren Schluß zum Nachtheile des Beklagten gestatten, indem es wohl einmal vorkommt, daß sich Jemand, um Aufsehen zu vermeiden, zu einem unfreiwilligen Opfer bereit erklärt. Es bedarf jedoch einer solchen Erweiterung der Eidesformel nicht, da der Beklagte, wenn die Klägerin überhaupt eine gerechte Sache hat, auch schon den stadtgerichtlichen Eid nicht leisten kann, von der Ableistung eines falschen Eides — wenn er wider Erwarten überhaupt dazu im Stande sein sollte, — sich aber auch nicht durch jene Zusätze dürfte abhalten lassen. Dazu kommt, daß die Klägerin ihre eventuelle

Eidesdelation — ungeachtet es doch höchst wahrscheinlich ist, daß sie von dem angeblichen Gespräche des Beklagten mit dem Zeugen Sch. schon damals unterrichtet gewesen — auch nur dem Beweisthema gemäß eingerichtet hat und sie doch mehr nicht verlangen kann, als daß die Eidesformel so gefaßt werde, wie sie solche eventuell für den Fall, daß der Beklagte zum Eid gelangen sollte, selbst angegeben hat.

335. Bestimmung der Größe der Deflorationsgebühr und der Wochenbettkosten.

Soviel die Satisfaction pro defloratione und für die Wochenbettkosten anbetrifft, so hat das Stadtgericht ihr für Beides fl. 25 zuerkannt, ohne anzugeben, wie viel davon für jene und wie viel für diese gerechnet worden ist. Nun bezeugt aber

Bender, Lehrbuch p. 295,

daß selbst bei Leuten geringeren Standes, blos für die Haltung des Kindbetts fl. 15 zuerkannt zu werden pflegen und würde mithin sogar bei diesem niedrigsten Ansatze der Wochenbettskosten als Entschädigung für die entzogene weibliche Ehre und die Störung ihres künftigen Fortkommens nur fl. 10 übrig bleiben. Dies ist aber außer allem Verhältnisse, wenn man dabei den gesetzlichen Gesichtspunct der dem Schwängerer obliegenden Dotationspflicht festhält. Im Gegentheile kann, die Sache von diesem aus betrachtet, die Forderung der Klägerin von fl. 50 selbst für ein Dienstmädchen nur für geringe geachtet werden, indem sie dann, die Wochenbettkosten auf das minimum von fl. 15 angeschlagen, immer nur fl. 35 loco dotis erhält und angenommen werden muß, daß dem Beklagten in seinen Verhältnissen füglich auch noch ein Mehreres hätte angesonnen werden können.

336. Ersatz der Beerdigungskosten eines unehelich gebornen Kindes.

Anlangend die Beerdigungskosten, so hat freilich die Klägerin nicht angegeben, wofür die außer den ihr zuerkannten, genau specificirten fl. 5. 34 noch mehr geforderten fl. 4. 46, welche das Stadtgericht ihr stillschweigend aberkannt hat, verwendet worden sind. Indeß gibt es sich von selbst, daß auch noch andere Kosten

vorgekommen sein müssen, namentlich Kirchhofsgebühren für den Begräbnißplatz, und hat der Beklagte den erwähnten Ansatz speciell nicht bestritten. Vielmehr erscheint die für die Beerdigung im Ganzen berechnete Summe von fl. 10. 20 nicht als übermäßig. Diese Kosten ist der Beklagte insgesammt zu erstatten verbunden. Denn was insbesondere den Einwand anbetrifft, daß der Vater eines unehelichen Kindes nur pro rata zu den Beerdigungskosten beizutragen brauche, so läßt sich demselben nicht beipflichten. Diese Kosten richten sich nämlich nach den Alimenten und müssen von dem getragen werden, dem die Alimentationspflicht obliegt. Dies ist aber zunächst der Vater, vermöge der auch bei unehelichen Kindern angenommenen Paternität, und nur erst in subsidium ist die Mutter zur Leistung von Alimenten verpflichtet. Damit läßt es sich denn nicht vereinigen, ihr einen Beitrag zu denselben anzusinnen, so lange der Vater noch zu deren Bestreitung im Stande ist.

Oesterr. Landrecht § 167. 168.

Preuß. Allgem. Landr. Th. II. tit. 2 § 621. 622. 628. 629 u. Th. II. tit. 1 § 1030 (oder § 1018 im Anhange.)

Carpzow jurisprud. consist. Lib. II. def. 243.

Müller ad Struv exerc. 30 th. 79 not. d. w. III.

Sryk U. M. P. Lib. XXV. T. 3. §. 2.

Busch Darst. der Rechte geschwächter Frauenzimmer § 260 u. 275.

Walther Bedeutung u. Umfang des Worts „alimenta" in der Zeitschr. für Civilr. Bd. 20. p. 383. ss.

Demnach mußten der Klägerin auch die gesammten Beerdigungskosten mit fl. 10. 20 zugesprochen werden.

CXXXVII.

Curator und Contradictor der Debitmasse von Adolph Conrad Vogt dahier, Kläger

contra

Johann Gottlieb Müller und dessen Ehefrau Catharina, geb. Zangler dahier, Beklagte.

Die Hypothekargläubiger klagten gegen A. C. Vogt die Hypothekarschuld aus. Im Wege der dadurch herbeigeführten Zwangsversteigerung erkauften die J. G. Müller'schen Eheleute das Immobil. Als kurz darauf A. C. Vogt in Concurs gerieth, focht dessen Curator die Zwangsversteigerung wegen laesio enormis an. Die Rescissionsklage wurde aber verworfen vom

Stadtgerichte am 14. Febr. 1844.
Appellationsgerichte am 20. März 1844.
Oberappellationsgerichte am 23. October 1845.

337. Anfechtung eines in öffentlicher Zwangsversteigerung vorgenommenen Verkaufs wegen laesio enormis.

Da es sich in der vorliegenden Sache von dem Verkaufe eines Grundstücks handelt, welches in Folge der Ausklage eines gekündigten Insatzes von dem Gläubiger zur öffentlichen Versteigerung gebracht und den Beklagten als meistbietenden Käufern zugeschlagen und adjudicirt ist, so hängt die Entscheidung einzig und allein von der Beantwortung der Rechtsfrage ab: ob die Grundsätze der L. 2. und 8 C. de rescind. vend. und der Stadtreformation Th. II. Tit. 2 § 8 über die Anfechtung eines Verkaufs ob laesionem enormem auch auf einen in öffentlicher Zwangsversteigerung vorgenommenen Verkauf Anwendung leiden. Diese Frage ist nun schon nach gemeinem Rechte sehr bestritten. Indeß würden, wenn es darauf ankäme, die für die bejahende Meinung geltend gemachten bekannten Argumente für überwiegend angesehen werden

müssen. — Es kommt jedoch darauf nicht an, da eine solche Anfechtung jedenfalls als dem Geiste der in Frankfurt bestehenden besonderen Vorschriften über Zwangsversteigerungen in Folge ausgeklagter Insätze, so wie als der dort herrschenden allgemeinen Rechts-Ansicht zuwiderlaufend angesehen werden muß.

Jene Vorschriften in der Verordnung vom 8. Julius 1817 über das Verfahren bei der Ausklage von Hypotheken (Insätze)

Gesetz-Sammlung Bd. 1. S. 83.

sind nämlich:

1. mit großer Strenge darauf berechnet, dem Gläubiger bei ausbleibender Zahlung des Insatz-Kapitals oder der Zinsen durch den Verkauf des Unterpfandes auf die schleunigste Weise zu seiner Befriedigung zu verhelfen, wie sich namentlich aus der ausdrücklichen Abschaffung des alten, eine schleunige Rechtspflege nicht gewährenden Judicial-Processes, aus der Untersagung aller Appellationen, der Abkürzung der Termine und der Abschneidung aller unnöthigen Weiterungen ergibt. Zum Geiste einer solchen Verordnung paßt es nicht, dem Schuldner, der außer Stande gewesen ist, den Gläubiger anderweitig zu befriedigen, eine Befugniß einzuräumen, den Verkauf hinterher um seines pecuniären Interesses willen anzufechten. Denn wenn ein solches Recht dem Schuldner einmal zugestanden wird, so kann es nicht fehlen, daß dies großen Einfluß auf die Geneigtheit zum Kaufen haben und so die Aussicht des versteigernden Gläubigers auf Befriedigung vermindern wird. Auch darf man um den ganzen Einfluß dieses Umstandes auf das Resultat der Versteigerungen gehörig zu würdigen, nicht bei den Fällen stehen bleiben, wo wirklich eine laesio enormis eintritt, sondern man muß sich, wenn man überhaupt die Rescission von Zwangsverkäufen zuläßt, ganz allgemein die Lage der durch Annahme eines solchen Grundsatzes der ärgsten Chikane der Schuldner preisgegebenen Käufer vergegenwärtigen, um sich zu überzeugen, daß da, wo die Gesetze ein strenges Executionsverfahren eingeführt haben, die Gestattung von Rescissionen ganz gegen den Geist eines solchen Verfahrens verstoßen würde.

Diese Vorschriften der Verordnung sorgen aber auch

2. nicht minder für das Interesse des meistbietenden Käufers,

um demselben alsbald den Besitz des versteigerten Unterpfandes zu verschaffen und zu sichern, indem ihm dasselbe nicht bloß zugeschlagen, sondern auch durch ein förmliches Erkenntniß „zugeeignet" wird, wodurch er ebenfalls ein eigenes Recht erwirbt, der Rescission des Kaufs zu widersprechen. Es ist nämlich das Verfahren bei der Ausklage von Insätzen ein wirklicher Proceß zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner, in welchem geklagt, excipirt und erkannt wird, zunächst auch Zahlung unter Androhung der Versteigerung, nachdem aber diese stattgefunden hat, dahin, daß das Eigenthum dem Schuldner ab- und dem meistbietenden Käufer im Interesse des Gläubigers zugesprochen wird.

Art. 1 — 4. u. 19.

Demnach ist in jedem einzelnen Versteigerungsfalle nach beendigtem Verfahren **res judicata** darüber vorhanden, daß das Eigenthum des Unterpfandes nicht mehr dem Schuldner, sondern dem Käufer zugehört, und diese, auch von dem Käufer als **successor singularis** in das Recht des Gläubigers geltend zu machende **res judicata** unterliegt keiner Anfechtung ob **laesionem enormem**. Nun findet sich freilich

3. bei dieser Auffassung der Sache das Interesse des Schuldners dem Gläubiger, so wie dem Käufer gegenüber, sehr in den Hintergrund gestellt. Allein wie sehr gerade dies dem Geiste der Verordnung entspricht, das zeigt besonders das für den Fall, wo sich Niemand findet, der das Unterpfand für das darauf haftende Kapital mit Zinsen und Kosten erstehen will, im Art. 22 vorgeschriebene Verfahren. Denn in diesem Falle soll das Stadtgericht das Grundstück ohne weiteres Anrufen, und mithin auch ohne Ansetzung eines neuen Termins, ja selbst ohne alle Schätzung des Werthes desselben, dem Gläubiger um das darauf haftende Kapital nebst Zinsen und Kosten an Zahlungsstatt zuschlagen, und dabei wird zwar dem Gläubiger die Rückstandsklage vorbehalten, der Schuldner aber erhält nichts heraus, wenn auch der wahre Werth des Pfandes die Schuld bei weitem übersteigen sollte. — Es leuchtet von selbst ein, daß kein Verfahren geeigneter ist, eine **laesio ultra dimidium** herbeizuführen, als dieses, indem es geschehen kann, daß wegen zufällig mangelnder Concurrenz von

Kaufliebhabern der werthvollste Gegenstand dem Gläubiger für eine verhältnißmäßig geringe Summe zugeschlagen wird. Dennoch gewährt die Verordnung dagegen keine Hülfe und kann namentlich von einer Anfechtung des Zuschlags ob laesionem enormem keine Rede sein, weil derselbe ohne vorgängige Taxation und wider den Willen des Schuldners geschieht und folglich einem Verkaufe nicht verglichen werden kann. Hierin zeigt sich ganz besonders die Verschiedenheit des jetzigen Frankfurtischen und des ehemaligen Römischen Executions-Verfahrens, welches letztere die Fürsorge für den zahlungsunfähigen Schuldner so weit erstreckte, daß ad jus dominii impetrandum, nach vorausgegangenen längeren Zahlungsfristen, erst der Landesherr angegangen werden mußte, sodann der Zuschlag nur auf eine vorherige Schätzung des Werthes des Pfandes erfolgte, und dem Schuldner endlich nicht nur herausgezahlt werden mußte, was das Pfand über den Betrag der Schuld werth war, sondern ihm auch noch eine zweijährige Wiedereinlösungsfrist gestattet war.

L. 3. C. de jure dom. impetr. (8, 34)

Würde man nun in Frankfurt gegen den Käufer des Pfandes eine Rescission wegen enormer Verletzung gestatten, so würde derselbe sogar schlimmer daran sein, als der Gläubiger, gegen den, wie gesagt, keine Rescission Statt findet. Dies aber würde der Intention des Frankfurtischen Rechts nicht entsprechen, welches gegen den Käufer nur eine 14tägige Entschüttungszeit gewährte, während es die Römische 2jährige Wiedereinlösungszeit dem Gläubiger gegenüber beibehielt.

Reform. Th. I. tit. 46. § 4 u. 13.

Orth Anmerk. S. 492, 497 u. 733.

Dazu kommt denn noch

4. daß nun auch dieses resp. 14tägige und 2jährige Entschüttungsrecht des Schuldners, welches schon durch die Großherzogliche Prozeßordnung v. J. 1813 abgeschafft war, durch die Constit.-Ergänz.-Acte Art. 2. No. 4 definitiv aufgehoben ist,

Gesetz-Samml. Bd. I. S. 13

und die Fassung der Verordnung von 1817 ergibt, daß man dies als eine wesentliche Verbesserung des bisherigen Executions-Ver-

fahrens angesehen hat. Nun würde es aber fast als eine Inconsequenz erscheinen, wenn man unter diesen Umständen nichts desto weniger dem Schuldner ein Rescissionsrecht ob laesionem enormem gestatten wollte. Denn wenn schon jenes Wiedereinlösunsrecht, welches doch noch auf eine verhältnißmäßig kurze Zeit beschränkt war und auch wohl nicht häufig zur Anwendung kam, weil dem Schuldner nur selten die Mittel dazu zu Gebote stehen mochten, als unverträglich angesehen ward mit einem schleunigen Executions-Verfahren, weil es den Besitz des Käufers und Gläubigers unsicher machte und die Kaufliebhaber abhielt, bei der Steigerung zu concurriren, so muß dies um so mehr von dem hier in Frage stehenden, sogar bis zur Verjährung der actio venditi statthaften Rescissions-Rechte gelten, indem dasselbe nur zu Processen und Chikanen Anlaß gibt und den Käufer der Gefahr aussetzt, auf eine unbestimmt lange Zeit hinaus an der freien Disposition über seinen Erwerb behindert zu werden. — Endlich scheint denn auch

5) die bisher entwickelte Meinung als die in Frankfurt herrschende communis opinio und als in die dortige allgemeine Rechtsansicht übergegangen angesehen werden zu müssen. Dafür spricht zunächst die Uebereinstimmung der Schriftsteller über das Frankfurtische Recht, so weit sie diese Frage berühren, welche sich insgesammt gegen die Zulassung der Rescission erklären.

Wild Diss. de differentiis etc. circa subhastationes 1716 § 22.

Orth Anmerk. S. 213 ff. u. 4. Forts. S. 996.

v. Adlerflycht Privatr. d. Fr. Stadt Frankf. Th. 3. S. 858 ff. bes. Not. V.

Bender Lehrbuch d. Privatr. der Fr. Stadt Frankf. § 64 Not. 4.

Es haben ferner in der gegenwärtigen Sache beide Localgerichte die Verwerflichkeit des klägerischen Anspruchs als so ausgemacht betrachtet, daß sie nicht einmal die Klage ad excipiendum communicirt, sondern dieselbe sofort a limine judicii zurückgewiesen haben. Sodann ist von dem Curator, ungeachtet die Verordnung von 1817 nunmehr schon seit 28 Jahren in Kraft ist, kein Fall nam-

haft gemacht, wo es den Eigenthümern eines im Wege des Insatz-Processes verlicitirten Grundstücks eingefallen wäre, den Zuschlag aus dem Gesichtspuncte der laesio enormis anzufechten, oder wo sogar zu Gunsten desselben erkannt wäre. Und endlich darf man wohl zweifeln, ob die Frage auch in der früheren Zeit, wo die Rescission selbst neben dem Entschüttungsrechte allerdings vorkommen konnte, überall zum Gegenstande richterlicher Entscheidung gemacht worden ist, indem sich darüber sonst wohl Notizen bei den obenerwähnten Schriftstellern und namentlich in Orth's Anmerkungen finden würden. Um so weniger konnte daher das Oberappellationsgericht Anstand nehmen, seine oben entwickelte Ansicht der gegenwärtigen Entscheidung zum Grunde zu legen, und ist aus diesen Gründen das vorige Erkenntniß lediglich zu bestätigen gewesen.

CXXXVIII.

Dietrich Reus zu Frankfurt, Kläger u. Widerbeklagter

contra

den Großherzoglich Hessischen Oberfinanzrath Hertel zu Darmstadt, Beklagten und Widerkläger.

Es handelt sich nur noch um Berechnung von Zinsen aus einem vom Kläger für Rechnung des Beklagten gemachten Staatspapierengeschäftes. Diese Zinsen wurden in Folge eines rechtskräftig gewordenen Beweisinterlocuts vom Stadtgerichte am 15. Februar 1843 mit fl. — angenommen. Auf Appellation und Nichtigkeitsbeschwerde des Beklagten und gestellten Antrag auf Actenversendung wurde dies Urtheil bestätigt vom

Spruchcollegium zu Bonn am 7. Aug. 1843,
Spruchcollegium zu Rostock am 25. Oct. 1845.

CXXXIX.

Michael Ignatz Petter und dessen Ehefrau Elisabetha, geb. Streit dahier, Kläger u. Widerbeklagte

contra

die Wittwe Elisabetha Therese Barth, geb. Heimberger und die Vertreter des den Kindern der Ehefrau J. Jeremias Wunderlich, Marie, geb. Barth angefallenen Johann Georg Barth'schen Erbtheils dahier, Beklagte und Widerkläger.

Kläger hatten am 1. August 1835 mit der Erblasserin der Beklagten einen Vertrag dahin abgeschlossen, daß ihnen das von der letzteren betriebene Geschäft und Waarenlager abgetreten wurde, sie sich dagegen verbindlich machten, den Betrag des zu inventirenden Waarenlagers mit 4% zu verzinsen und außerdem bis das gedachte Capital abgetragen sei, $33\frac{1}{3}$ % Antheil an dem jährlich sich ergebenden Geschäftsgewinne der genannten Erblasserin der Beklagten zu entrichten. Kläger fochten nun diesen Vertrag an:

1) weil in ihm ein Zinswucher versteckt liege;

2) weil eventuell der Antheil an einem Drittel-Gewinn auch die Uebernahme von einem Drittel-Verlust erheische;

3) weil Kläger eventuell gar keinen Gewinn gehabt und nur aus Irrthum und durch die Erblasserin der Beklagten getäuscht, die Summe von fl. — an die Beklagten bezahlt hätten.

4) Ferner machten Kläger folgende Rechnungsfehler geltend. — —

5) Endlich verlangten Kläger Schadensersatz, weil, obgleich sie nach dem Obigen nichts mehr verschuldeten, die Beklagten gegen sie die Insatzklage erhoben hätten.

Die Widerkläger machten die rückständigen Forderungen aus dem Vertrage geltend.

Das Stadtgericht wies am 14. October 1842 die Kläger mit der erhobenen Klage ab, unter Verurtheilung in die Kosten, verwies die behaupteten Rechnungsfehler zum Versuche gütlicher Erledigung an die Gerichtscommission und verurtheilte die Widerbeklagten dem Antrage der Widerkläger gemäß.

Auf Appellation der Kläger wurde dieses Urtheil unter Verurtheilung der Appellanten in die Kosten vom Appellationsgerichte am 9. December 1842, vom Oberappellationsgerichte am 27. October 1845 bestätigt. Das letztere Gericht wies nur noch zwei weiter behauptete Rechnungsfehler zum Versuche gütlicher Erledigung an die Commission des Stadtgerichts und berichtete einen Rechnungsfehler in der Widerklage.

338. Begründung der condictio indebiti in factischer Beziehung.

Zweifelhafter mußte es allerdings erscheinen, ob auch das eventuelle Klagfundament der condicto indebiti, mit der die Kläger die den Beklagten als Gewinnantheil gezahlten, von ihnen zu fl. — berechneten Beträge zurückverlangen, von den vorigen Gerichten mit Recht ohne Weiteres zurückgewiesen worden. Diesen Anspruch haben die Kläger nämlich dadurch zu begründen versucht, daß sie behaupten, das Geschäft habe in der ganzen Zeit, seitdem sie dasselbe übernommen, nur Verlust ergeben, was auch die verstorbene Wittwe Barth sehr wohl gewußt habe, der Gewinn sei nur fingirt gewesen; sie aber, in der Buchführung gänzlich unerfahren, hätten die Angaben des ihnen beigegebenen Buchhalters bona fide für richtig angenommen. Wenn man nun aber auch, ohne daß es dabei auf den beiläufig behaupteten dolus der Wwe Barth weiter ankommt, die Klage insofern für begründet halten muß, als die Bedingungen der condictio indebiti vorhanden sind, sobald die Kläger irrthümlich die angegebene Summe als 3. Theil des angeblichen Gewinnes bezahlt haben, während wirklich gar kein oder doch kein so großer Gewinn existirte, so ist doch mit Recht schon vom Stadtgerichte geltend gemacht, daß die Angaben der Kläger zu vag und unbestimmt sind, um so darauf einzugehen. Die Kläger, welche selbst zugeben, daß bei Auszahlung der früheren Gewinnantheile Berechnungen, wonach sie sich gerichtet haben,

zum Grunde gelegt seien, welche aber die ganze Buchführung über ihren Geschäftsbetrieb und auch die erwähnten Berechnungen bloß ganz allgemein als unrichtig bezeichnen, mußten dieselben vorlegen und dabei näher angeben, welche Ansätze derselben falsch seien oder was sonst für Fehler in der Buchung sich fänden. Nur, wenn unter den Partheien auf diese Weise eine nähere Verhandlung über diesen Gegenstand herbeigeführt worden wäre, hätte gerichtsseitig ein specielles Beweisinterlocut über die abgeleugneten Puncte oder eine Entscheidung über die divergirenden Principien erfolgen können, während, wenn man jetzt auf das nicht weiter substantiirte Vorbringen der Kläger eingehen und auf Beweis erkennen wollte, alle specialia, die von Rechtswegen schon im ersten Verfahren hätten erörtert werden sollen, nun erst im Beweisverfahren zur Sprache kommen würden, wovon die größte Verwirrung eine nothwendige Folge sein müßte. Auch mußte die große Unwahrscheinlichkeit in Betracht kommen, welche die Behauptung der Kläger wider sich hat, wenn diese einerseits vorgeben, daß kein Jahr einen Ueberschuß an reinem Gewinne ergeben habe, und doch andererseits, obwohl sie bei Uebernahme des Geschäfts nicht so viel Vermögen zu besitzen erklärten, um ein eigenes Etablissement begründen zu können, während voller vier Jahre den Beklagten jährlich bedeutende Beträge auf deren Gewinnantheil ausgezahlt und zu gleicher Zeit von diesem Geschäft gelebt haben wollen, ohne ihres Irrthums gewahr worden zu sein. Spricht sonach alles dafür, daß die Kläger ihre Angabe in der Klage, daß in keinem Jahre irgend ein reiner Gewinn stattgefunden, sondern ihr Betrieb von Anfange an nur Verlust ergeben habe, ganz willkürlich aufgestellt haben, um dadurch den Forderungen auszuweichen, welche den Beklagten aus dem Vergleiche zustanden, so konnten die Gerichte sich um so weniger veranlaßt finden, die Kläger über so vage und ungenügende Angaben zum Beweise zuzulassen. Die Bestätigung der vorigen Erkenntnisse in Betreff dieses Klagfundaments konnte unter diesen Umständen kein Bedenken haben, indem dieselben die Kläger damit nicht definitiv, sondern nur angebrachter Maßen abgewiesen haben, da die appellationsgerichtliche Entscheidung durch das erfolgte rejectorium das

Erkenntniß des Stadtgerichts lediglich bestätigt hat, letzteres aber, wenn es gleich in verbis decisivis sehr allgemein lautet, daß die Kläger mit der erhobenen Klage ab- und zur Ruhe verwiesen werden, dies doch in rationibus dahin näher erläutert, daß das vage und nicht gehörig substantiirte Vorbringen hier nicht berücksichtigt werden könne.

339. Uebertragung eines Geschäftes gegen einen Antheil am künftigen Gewinne.

Die Kläger gehen von den zwiefachen irrigen Voraussetzungen aus, sowohl daß nothwendig ein Societätsverhältniß vorliege, sobald Jemand einem Anderen einen Antheil an dem aus einem Geschäftsbetriebe zu percipirenden Gewinn zusichert, (was doch mit der täglichen Erfahrung im entschiedensten Widerspruche steht) als auch, daß jeder Socius nothwendig einen Theil des in der Societät sich ergebenden Verlustes zu tragen habe. Der letztere Satz, für welchen die Kläger sich auf die

L. 29 § 2 D pro socio (17. 2)

stützen, findet sich in dieser Gesetzesstelle aber keineswegs, indem daselbst nur ein solcher Vertrag für unzulässig erklärt wird, der dem einen Socius einen Antheil am Verluste zur Last bringt, ohne ihn am Gewinne participiren zu lassen. Auch steht den Klägern der bestimmte Ausspruch in

§ 2 J. de societ. (3. 25)

entgegen. Hier, wo der Vertrag der Partheien der Wwe Barth nur einen Antheil am Gewinne als pretium für die Uebertragung des Geschäfts zuspricht und nichts davon enthält, daß dieselbe auch am Verluste participiren solle, fehlt es daher an allem Grunde, sie oder jetzt ihre Erben für einen Theil des etwa sich ergeben habenden Verlustes verantwortlich zu machen.

340. Schadensersatz wegen angeblicher Compensation.

Die Wittwe Barth konnte sich dadurch, daß sie ihre Forderung gegen die Kläger auf eine der Liquidität derselben entsprechende Weise gerichtlich geltend gemacht hat, nur dann sich den

Klägern verantwortlich gemacht haben, wenn sie, als sie dies that, gewußt hätte, die Gegenforderungen der Beklagten seien gegründet und sie habe realiter nichts zu fordern.

CXL.

Die Testamentsexecutoren des weiland Freiherrn Carl Ludwig von Barkhaus-Wiesenhütten zu Hanau, Kläger und Interventen

contra

den Obristlieutenant und Kammerherrn Christian Ferdinand Freiherrn v. Mühlen dahier, Beklagten

und

den Freiherrn Carl Constantin Franz Julius Dr. v. Lersner zu Darmstadt, Intervenienten.

Die Klage gründet sich gegen den Beklagten als früheren v. Barkhaus-Wiesenhütten'schen Testamentsexecutor und Administrator auf Rechnungsstellung und Herausgabe des Kassenvorrath's und der betreffenden Urkunden und Acten. Der Intervenient tritt als Barkhaus'scher Fideicommißerbe auf.

Beklagter und Intervenient setzen der Klage die Einrede des unzuständigen Gerichts entgegen, indem das forum gestae administrationis das forum domicilii ausschließe und keine Bestandtheile des v. Barkhaus'schen Fideicommisses in dem Gebiete hiesiger Stadt gelegen sei. Der Intervenient macht zugleich eventuell geltend, daß die jetzige Klage vor Erledigung der zwischen ihm und den Klägern vor auswärtigen Gerichten anhängigen Processe über Präjudicialfragen nicht angestellt werden könne. Das Stadtgericht erkannte am 20. September 1844 auf Abweisung der Kläger; ebenso das Appellationsgericht am 13. November 1844, während das Oberappellationsgericht unter Compensation der Kosten 2. und 3. Instanz am 31. October 1845 die

vorinstanzlichen Urtheile wieder aufhob, die Einrede des incompetenten Forums verwarf, das weitere Verfahren jedoch bis nach der definitiven Erledigung der von dem Intervenienten laut 7, 27 und 28 der Acten des Stadtgerichts wider die Kläger angestellten Klagen aussetzte, worauf demnächst vom Stadtgerichte in der Sache selbst, so wie wegen der Kosten erster Instanz weiter, was Rechtens, zu erkennen sei.

341. Forum domicilii in Concurrenz mit dem forum gestae administrationis.

Die **exceptio fori** wird zuvörderst und vorzüglich darauf gegründet, daß für eine Klage auf Rechnungsablegung das **forum gestae administrationis** ein ausschließlicher Gerichtsstand, womit das **forum domicilii** nicht concurrire, jenes erstere Forum aber in Frankfurt nicht vorhanden sei.

Nun ist freilich die Rechtsfrage von der Ausschließlichkeit des gedachten Gerichtsstandes controvers; allein die Meinung, daß eine Klage auf Rechnungsablegung nach der Wahl des Klägers auch **in foro domicilii** angestellt werden könne, ist aus folgenden Gründen vom Oberappellationsgerichte für die richtige erachtet worden.

Die entgegengesetzte Meinung ist der gesetzlichen Regel durchaus zuwider und zwar in zwiefacher Hinsicht; theils weil es überhaupt Regel ist, daß in dem Forum des Domicils, als dem **forum generale**, alle Klagen angestellt werden können und daher jedes **forum speciale** an sich nur die rechtliche Natur eines bloß concurrirenden Gerichtsstandes hat, theils weil das **forum gestae administrationis** sich als eine Art des **forum contractus** verhält,

L. 19 § 1 L. 45 pr. D. de jud. (5, 1)

Linde über den Gerichtsstand vertragsmäßig eingegangener Verbindlichkeiten im Civ. Arch. Bd. 7 p. 71—73 u. nte. 28, 29.

Gesterding Irrthümer der Rechtsgelehrt. Abh. 12 Nr. 4.

Bethmann-Hollweg Vers. üb. einz. Theile des Civilproc. Nr. 1.

bei diesem Forum insbesondere aber speciell und ausdrücklich vorgeschrieben ist, daß das forum domicilii damit concurrirt.

L. 19 § 4 D. de jud. (5, 1)

L. 1, 2, 3 D. de reb. auct. jud. poss. (42, 5)

L. 2 C. de jurisdict. omnium jud. (3, 13)

c. 17 X de foro compet. (2, 2)

Es würde also, um diese Meinung zu rechtfertigen, eine besondere, ganz bestimmte gesetzliche Vorschrift erforderlich sein. Nun aber enthalten von den sechs Gesetzstellen, worin das forum gestae administrationis vorkommt, fünf, nämlich

L. 54 § 1 D. de procurat. (3, 2)

L. 19 § 1 L. 36 § 1 D. de jud. (5, 1)

L. 1 u. 2 C. ubi de ratiociniis (3, 21)

nach ihrem klaren Inhalte nicht das Geringste davon, daß der Kläger in foro gestae administrationis klagen müsse und nicht in foro domicilii klagen dürfe, sondern besagen nur, der Beklagte müsse sich dort einlassen und dürfe dies nicht deßhalb verweigern, weil daselbst sein forum domicilii nicht sei; sie sind also nur Beweisstellen für die Existenz des forum gestae administrationis als eines forum speciale, aber gar nicht für dessen Ausschließlichkeit. Wenn man sich hiergegen theils auf die in der L. 2 C. cit. angegebene ratio, theils auf die Fassung der Rubrik des angeführten Titels im Codex: „ubi de ratiociniis tam publicis quam privatis agi oportet" berufen will, so läuft die erstere Argumentation, wobei aus der bloßen ratio für ein gewisses jus singulare — nämlich, daß sich der Beklagte an einem Orte, wo er sein Domicilium nicht hat, belangen lassen muß — ein anderes davon ganz verschiedenes jus singulare — daß der Kläger nicht in foro domicilii klagen dürfe — hergeleitet werden soll, den anerkanntesten Interpretationsregeln zuwider; und was den zweiten Einwand betrifft, so würde es — selbst wenn jene Wortfassung an sich erheblich wäre, was doch nach der gleichfolgenden Ausführung nicht einmal der Fall ist, jedenfalls unstatthaft sein, aus einer Rubrik, also einer bloßen Inhaltsanzeige, einen Rechtssatz zu entnehmen, der sich in den, unter derselben stehenden ganz klaren Gesetzstellen selbst nicht findet.

Die noch übrige sechste Stelle

L. 45 pr. D. de jud. (5, 1)

ist nun freilich dahin gefaßt: „argentarium, ubi contractum est, conveniri oportet — — idem in actione tutelae placuit.“ Allein diese Worte sind gleichfalls nur so zu verstehen, daß die genannten Rechnungspflichtigen sich dort belangen lassen müssen. Denn theils geht dies aus den unmittelbar folgenden Worten hervor: „nec in hoc dilationem nisi ex justa causa dari ut ex provincia codices adferantur“ wo auch nur die Rede von etwas ist, was gegen den Beklagten, nicht was gegen den Kläger gelten soll; theils kommt eine derartige Wortfassung in dem gedachten Sinne in mehreren anderen Stellen vor, z. B. in

L. 38 D. jud. (5, 1)

vergl. mit L. 3 C. ubi in rem act. (3, 19) u. L. 12 C. de praescript. longi temp. (7, 33)

L. 66 § 4 D. ad Sc. Trebell. (36, 1)

L. un. C. ubi fideicommiss. (3, 17)

vergl. mit L. 50 § 2 D. de jud. (5, 1) u. L. 2 in f. C. de hered. act. (4, 16)

theils ist im Zweifel jedes Gesetz so auszulegen, daß es nicht von der Regel des Rechts abweicht. Dahingegen spricht eine andere Stelle, nämlich

L. 4 § 5 D. de edendo (2, 13)

deutlich gegen die Ausschließlichkeit des forum gestae administrationis, indem hiernach ein argentarius auch in einem anderen Forum, wo er sein Geschäft nicht betrieben hat, auf Edition seiner Rechnungsbücher belangt werden kann, insofern der Kläger sich mit einer Abschrift begnügt und die dadurch verursachten besonderen Kosten trägt;

Bachov ad prot. Pandect. ad Leg. cit. p. 545,546.

und jene Behauptung stellt sich überdies schon an sich in ihrer practischen Anwendung, als höchst unangemessen dar, weil, wie gerade der vorliegende Fall zeigt, häufig es theils sehr schwierig ist, zu bestimmen, wo das forum gestae administrationis vorhanden sei, theils die zu einer und derselben Administration gehörenden Geschäfte an verschiedenen Orten geführt sind.

Endlich fehlt es denn auch für die Meinung, daß das forum domicilii mit dem fraglichen Gerichtsstande concurrire, nicht an gewichtigen Autoritäten.

J. H. Boehmer jus eccles. prot. lib. 2 tit 2 § 62.
Struben rechtl. Bed. Th. 3 Nr. 96 u. die in nte. 6 cit. Schriftsteller.
Gönner Handb. d. Proc. Th. 1. p. 283—286.
Martin Civilpr. § 47
Gesterding Irrthümer l. c.
Heffter Lehrb. des Proc. § 156

und die Behauptung, als sei in der Praxis die gegentheilige Ansicht angenommen, widerlegt sich schon durch die Namen der eben genannten Schriftsteller, von denen bekanntlich mehrere einen entschiedenen Einfluß auf die Praxis gehabt haben.

Auch die eventuelle Behauptung der Appellaten, daß das forum gestae administrationis wenigstens dann ein ausschließlicher Gerichtsstand sei, wenn nach den concreten Umständen des einzelnen Falles die Sache dort besser instruirt werden könne, als im Forum des Domicils ist ungegründet; denn die Schlußworte der L. 2 C. ubi de ratiociniis (3, 21), auf welche sie sich dabei berufen, enthalten keineswegs ein solches allgemeines Princip, sondern — wie schon angeführt ist — nur die ratio für die Bestimmung, daß der Beklagte sich in dem forum gestae administrationis belangen lassen müsse.

342. Forum connexitatis et continentiae causarum.

Eventualiter soll die exceptio fori auch noch darauf gegründet werden, daß für die jetzige Klage ein forum connexitatis et continentiae causarum bei andern auswärtigen Gerichten vorhanden sei, und dieselbe daher an diese verwiesen werden müsse.

Insofern nun hiermit zugleich die Ausführung verbunden wird, daß die jetzige Klage noch zur Zeit, ehe nicht die zwischen dem Intervenienten und den Klägern über Präjudicialfragen anhängigen Processe erledigt seien, nicht bei den Frankfurter Gerichten angestellt werden könne, so ist dies eine ganz andere, von der

exceptio fori verschiedene Einrede, wovon unten (cf. Nr. 344) zu handeln ist. Als wirkliche **exceptio fori** aber wird das obige Vorbringen auf folgende zwei Behauptungen gestützt:

a. die gegenwärtige Klage gehöre wegen ihrer Connexität und als Nebensache mit vor dasjenige Gericht, welches für die Vollziehung des Testamentes und die Verwaltung des Fideicommisses im Allgemeinen competent sei;

b. die schon erwähnten anderen Processe, welche der Intervenient gegen die Kläger führe, verhielten sich zu der jetzigen Klage als Hauptsache, diese letztere Klage müsse also als Nebensache vor denselben Gerichten verhandelt werden.

Allein der erste Grund unter **a** beseitigt sich schon dadurch, daß ein derartiges besonderes Gericht überall nicht existirt. Denn nach den ausdrücklichen Vorschriften des Testamentes soll eine gerichtliche Vollstreckung desselben, eine gerichtliche Einschreitung irgend einer Art bei der Verwaltung des Fideicommisses, eine gerichtliche Oberaufsicht über die Executoren und eine gerichtliche Rechnungsablage von Seiten der Letzteren durchaus nicht stattfinden; es ist also ein jedes einzelne Gericht ganz in gleichem Maße für die Vollziehung des Testaments und die Verwaltung des Fideicomisses competent, sobald zu diesem Behufe wegen irgend eines Punctes gegen eine unter diesem Gerichte stehende Person geklagt werden muß, mithin auch das S t a d t g e r i c h t zu Frankfurt, weil ein zur Rechnungsablage pflichtiger vormaliger Executor daselbst sein Domicil hat. Daher bedarf es denn keiner Ausführung darüber, daß, selbst wenn es ein solch anderes Gericht gäbe, doch eine **exceptio fori** dadurch nicht begründet werden würde.

Ebenso unrichtig ist ferner die zweite Behauptung unter b.; denn jene Klagen des Intervenienten sind resp. auf Entsetzung der Kläger von ihrem Amte als Executoren und auf Annullation ihrer Wahl zu demselben gerichtet, die jetzige Klage gegen den Beklagten hingegen betrifft dessen Verpflichtung zur Rechnungsablage und Lieferung als früherer Mitadministrator; das Verhältniß dieser Klagen besteht also nur darin, daß durch die Ersteren über die Legitimation der Kläger zu der Letzteren, mithin über

einen Präjudicialpunct, entschieden wird, der in Beziehung auf die jetzige Klage nicht Hauptsache, sondern Nebensache ist;

Martin Civilpr. § 30. 31.

Linde Civilpr. § 55. 56

und es kann gar nicht die Rede davon sein, deßhalb die Klage auf Rechnungsablage mit vor jene Gerichte in Darmstadt und Hanau zu ziehen.

343. Verwerfung der exceptio fori. Zurückweisung der Sache an das Untergericht. Befugniß des Oberrichters.

Anlangend nun aber die übrigen, die Sache selbst betreffenden Streitpuncte, so haben die Kläger in zweiter und dritter Instanz ausdrücklich darauf angetragen, jetzt nur die Verwerfung der exceptio fori auszusprechen, im Uebrigen hingegen die Sache zum anderweiten Erkenntnisse an das Stadtgericht zu remittiren und die Appellaten haben sich implicite hiermit einverstanden erklärt, indem sie nichts dagegen erinnert haben. Es war daher in diesem Maße zu verfahren, jedoch mit Ausnahme der schon erwähnten Einrede, daß die jetzige Klage nicht eher bei den Frankfurter Gerichten angestellt werden könne, als bis die zwischen dem Intervenienten und den Klägern vor auswärtigen Gerichten anhängigen Processe über Präjudicialfragen erledigt seien; denn da die Appellaten immer diese Einrede mit der exceptio fori verbunden und die Anhängigkeit jener Processe zugleich als eventuelles Fundament der Letzteren aufgestellt haben, so erschien es bei dieser Connexität als durchaus angemessen, über die fragliche Einrede gleichfalls sofort zu erkennen, wozu das Oberappellationsgericht ohne Zweifel befugt war.

L. 6 pr. C. de appellat. (7, 62)

344. Legitimation der Kläger vor einem andern Gerichte in Frage gezogen.

Bei der in voriger Nummer erwähnten Einrede kann nun zuvörderst die von dem Intervenienten in den Voracten dabei miterwähnte Protestation bei dem Stadtgerichte zu Darmstadt vom 2. Januar 1844 überall nicht in Betracht kommen. Denn

dies — — war ein bloßer Antrag. — — Auch hat der Intervenient nicht behauptet, daß in Folge hiervon ein gerichtliches Verfahren zwischen ihm und den mehrgedachten Mitklägern bei dem Stadtgerichte anhängig geworden wäre. Es kommt mithin nur auf die drei Klagen an, welche der Intervenient, laut Nr. 7, 14 und 27 der Acten erster Instanz resp. bei dem Obergerichte zu Hanau und dem Hofgerichte zu Darmstadt gegen die Mitkläger B. und W. auf Entsetzung von ihrem Amte als Executoren und gegen den Mitkläger G. auf Annullation seiner Wahl zu demselben angestellt hat.

Wenn nun in Folge dieser Klagen

1. die Appellaten den Antrag gestellt haben, die jetzige Klage noch zur Zeit abzuweisen, so ist derselbe in diesem Maße freilich nicht begründet. Denn von einer Einrede der Litispendenz, welche deßhalb der vorliegenden Klage entgegenstände, kann offenbar nicht die Rede sein, weil jene anderen Klagen theils nicht zwischen den Klägern und dem Beklagten, sondern zwischen den Ersteren und dem Intervenienten anhängig sind, theils gar nicht den jetzigen Klaggrund — die Verbindlichkeit des Beklagten zur Rechnungsablage und Lieferung —, sondern nur solche Puncte betreffen, woraus die Appellaten Einreden gegen die Legitimation der Kläger herleiten wollen, theils endlich später angestellt wurden, als die gegenwärtige Klage. Uebrigens würde auch selbst eine wirkliche Litispendenz, die Kläger, die sich geständlich im Besitze der Administration befinden, an der Anstellung der jetzigen Klage nicht hindern.

L. 49 D. de hered. petit. (5, 3)

2. Dahingegen mußte es für angemessen erachtet werden, das weitere Verfahren in der Letzteren bis zur definitiven Erledigung jener Processe auszusetzen und daher war dieses, welches sich zu dem Antrage unter 1. als ein minus verhält, statt dessen zu erkennen, denn

a. sollte in Folge jener Processe eine Entfernung der Kläger von ihrem Amte als Executoren stattfinden, so würde eine Fortsetzung des Verfahrens in der jetzigen Klagsache, welches den Um-

ständen nach nicht blos in einem Schriftwechsel, sondern selbst in einer Rechnungsablage bestehen könnte, zwecklos sein.

b. Widersprechende Urtheile, welche möglicher Weise in dem jetzigen und in jenem anderen Processe ergehen könnten, würden zu großen Inconvenienzen führen.

c. Insofern der Intervenient gegen die Kläger wegen ihres Verfahrens auf Entsetzung von ihrem Amte anträgt, welche nach § 18 des Testaments durch ein richterliches Urtheil geschehen muß, sind die Frankfurter Gerichte nicht einmal competent, diese zu erkennen; denn eine solche Entsetzung kann nur von dem ordentlichen Richter der Executoren, unter welchem sie für ihre Person stehen, nicht aber von einem anderen Richter incidenter verfügt werden.

d. Insoweit der Antrag des Intervenienten dahin gerichtet ist, die Wahl der Kläger zu ihrem Amte für nichtig zu erklären, würde zwar das Frankfurter Gericht competent sein, hierüber incidenter zu erkennen,

L. 1 C. de ordine judic. (3, 8)

dies aber doch, wenn zugleich ein Rechtsstreit obschwebt, in welchem über jene Frage im Allgemeinen entschieden werden soll, nach dem Grundsatze, daß der Richter darauf Bedacht nehmen solle, ne praejudicium fiat rei majori,

L. 21 D. de except. (44, 1)

nicht als angemessen erscheinen.

e. Es trägt hier der Fideicommißerbe, mithin der dominus negotii, dessen Geschäftsführer die Kläger sind und für dessen Rechnung die Lieferung verlangt wird, selbst auf Verschiebung des deßfallsigen Verfahrens bis zur Erledigung der fraglichen Processe an.

f. Der Beklagte ist auch völlig sicher, indem ihm das Fideicommiß nach der Angabe der Kläger ein Capital von fl. — schuldet.

g. Endlich ist muthmaßlich die Erledigung jener Processe bald zu erwarten, da in allen drei Sachen schon vor ungefähr einem Jahre Enderkenntnisse erster Instanz ergangen sind und die rasche Betreibung derselben für die Kläger nach ihrer Stellung keine Schwierigkeit hat.

CXLI.

Johann Ueberhoff zu Ruhrort, Kläger u. Widerbeklagter

contra

Theoph. Christoph Liebtreu dahier, Beklagten u. Widerkläger.

Johann Ueberhoff klagte gegen Th. Ch. Liebtreu eine Contocorrentforderung von fl. — aus. Der Beklagte schützte die Einrede der Dunkelheit vor; ferner die Einrede der mutatio libelli. In der Replik erklärte Kläger, daß aus dem Contocorrente deutlich ersichtlich wäre, daß es sich um einen Verkauf von Steinkohlen handele. Die ersten 6 Debetposten seien aber allerdings nicht ursprünglich von dem Beklagten gekauft worden, sondern von demselben gemeinschaftlich mit dem Carl Ludwig Hammeran; Beklagter habe erst später das ganze Geschäft auf alleinige Rechnung übernommen. In der Widerklage behauptet Widerkläger, daß er statt der vom Widerbeklagten in seinem Contocorrente angeführten beiden Wechsel von fl. — vier solcher Wechsel bezahlt habe.

Das Stadtgericht erkannte am 24. Mai 1843, daß der Beklagte schuldig sei, den liquiden Betrag von fl. — dem Kläger zu zahlen, indem dem Kläger eine cautio de restituendo auferlegt wurde. Ferner wurde dem Kläger Beweis auferlegt, daß Beklagter die Zahlung der gegen Hammeran entstandenen Protestkosten versprochen habe. Endlich wurde dem Beklagten der Beweis nachgelassen, daß er gegen eine Abgabe des Klägers auf ihn vom 15. Mai 1842 fl. — — — gezahlt habe.

Dieses Urtheil wurde auf Appellation des Beklagten unter Verurtheilung desselben zum Kostenersatze bestätigt vom

Appellationsgerichte am 2. Aug. 1843.

Oberappellationsgerichte am 24. Nov. 1845.

345. Klage aus einem Contocorrent. Declaratio libelli in der Replik.

Der Kläger hat zwar allerdings über die Debetposten 1—6 in der Replik nähere, in der Klage nicht vorkommende factische Angaben gemacht. Während nämlich

a. die ersten vier Debetposten in dem der Klage beigefügten Contocorrente so aufgeführt stehen, daß ein Dritter daraus abnehmen muß, die betreffenden Gegenstände, nämlich die Kohlen, die Scheffelmaße und die Schoppen seien dem Beklagten am 8. November 1841 vom Kläger geliefert worden, gibt er in der Replik an, der Beklagte habe diese Gegenstände ursprünglich gemeinschaftlich mit einem gewissen Hammeran gekauft und erst später für alleinige Rechnung übernommen und ihm, dem Kläger, davon Anzeige gemacht. Während ferner

b. die den 5. und 6. Debetposten bildenden Protestkosten im Contocorrente so aufgeführt stehen, als beträfen sie auf den Beklagten gezogene Wechsel, gibt der Kläger in der Replik an, diese beiden Wechsel seien wegen der obenerwähnten Gegenstände auf den ursprünglichen socius des Beklagten Hammeran trassirt gewesen, die Verpflichtung zur Vergütung der Protestkosten sei aber durch die Uebernahme des Geschäfts für alleinige Rechnung auf den Beklagten allein übergegangen, auch überdies von diesem ausdrücklich mündlich übernommen worden.

Allein diese Angaben enthalten doch nicht sowohl Abänderungen des in der Klage bestimmt Vorgetragenen, wodurch Grund und Petitum derselben eine Modification erlitten, also keine eigentliche mutatio libelli, sondern nur eine nähere Erläuterung und Ergänzung des in dem Contocorrente in allgemeinen Ausdrücken Angegebenen, so daß es sogar zweifelhaft erscheint, ob man sie als eigentliche emendatio und nicht vielmehr bloß als eine auch nach Frankfurter Rechte völlig zulässige declaratio libelli aufzufassen hat, und welche der Beklagte um so weniger als unzulässige Klagänderung anfechten kann, als er ja der Klage sogar die Einrede der Dunkelheit opponirt und dadurch dieselbe wenigstens als einer näheren Bestimmung bedürftig und also fähig erkannt hat, und als durch das bei Klagen aus Contocorrenten ganz gewöhnliche,

in concreto angewendete Verfahren, die einzelnen Posten, insoweit sie bestritten werden, in der Replik näher zu rechtfertigen, dem Beklagten, der die ganze Klage bestreitet, seine Rechtsvertheidigung in keiner Weise erschwert wird, in welchem Falle nach dem neueren Gerichtsgebrauche selbst eine emendatio libelli nicht unbedingt für unzulässig geachtet wird.

Bender Frankfurt. Privatr. II. p. 149.

346. Art. 34 der prov. Proceßordnung.

Durch den art. 34 der Proceß-Ordnung ist in demjenigen, was der J. R. A. über die Einrichtung der Partheivorträge vorschreibt, nichts geändert, sondern nur dem praejudicium praeclusi das Präjudiz des Zugeständnisses substituirt worden, wie das vom Oberappellationsgerichte schon mehrfach ausgesprochen worden ist.

Fr. S. Fertsch c. Brey 1841
Kirsch c. Ten Brinck 1844
Mombert c. Ellissen 1845 (cf. oben Nr. 288).

CXLII.

Therese Minet, geb. de Haibe dahier, Klägerin

contra

ihren Ehemann Johann Wilhelm Ludwig Minet dahier, Beklagten.

Klägerin hatte zu beweisen, daß der Beklagte dem Trunke und Müßiggange ergeben sei, ihr und ihren Kindern den nöthigen Unterhalt versage, Lebensnachstellungen und Mißhandlungen gegen sie verübt habe. — Auf geführte Beweisverhandlungen erkannte das Stadtgericht am 26. August 1842, daß der der Klägerin obgelegene Beweis für verfehlt erklärt und dieselbe demgemäß mit der erhobenen Klage, jedoch unter Vergleichung der Kosten, abgewiesen werde. Auf Appellation der Klägerin schied das Appel-

lationsgericht am 4. Januar 1843 die Eheleute auf drei Jahre von Tisch und Bett. Auf Appellation des Beklagten stellte das Oberappellationsgericht am 29. November 1845 das stadtgerichtliche Erkenntniß wieder her für den Fall, daß Beklagter den Reinigungseid dahin leiste, daß er seine Ehefrau thätlich nicht gemißhandelt und sie namentlich nicht mit einem Rasirmesser verfolgt und bedroht, noch ihr, sie todt zu schlagen, gedroht habe.

347. Temporäre Trennung der Eheleute.

Sämmtlich unter III. zusammengestellte Anschuldigungen (nämlich, daß in dem Resultate der klägerischen Beweisführung es einige Unterstützung findet, daß Beklagter viel mehr Wein zu sich genommen, als er sich nach seinen Umständen erlauben durfte, — daß er sich großer Versäumnisse in seinem Geschäfte schuldig gemacht hat und daß die Klägerin und ihre Kinder oft hat Noth leiden müssen, wenn auch dem Beklagten nicht eine Versagung des nöthigen Lebensunterhaltes zur Last fällt) können nicht dahin führen, eine Separation der Ehegatten zu rechtfertigen, selbst wenn sie in einem noch größeren Umfange für erwiesen zu achten wären. Denn wenn man auf den Endzweck sieht, welcher durch eine temporäre Trennung der Ehegatten erreicht werden soll, so besteht derselbe darin, eine Aussöhnung der gegen einander erbitterten Gemüther herbeizuführen und sie zur Verträglichkeit und gegenseitigen Duldsamkeit geneigt zu machen oder auch grobe Excesse zu verhüten. Daher ist dieselbe kein zweckmäßiges Mittel bei sittlichen Fehlern und Mängeln eines Ehegatten von der Art, wie sie hier vorliegen. Diese müssen, wie anderes Unglück mit Geduld und Resignation getragen werden und das um so mehr, da sich von der Trennung der Ehegatten keine Besserung erwarten läßt, sondern dieselbe den schuldigen Theil eher dahin führen dürfte, sich seinen Fehlern nur um so ungebundener hinzugeben. Wenn daher gleich die Praxis in Ehescheidungssachen dem arbitrium des Richters einen großen Spielraum gestattet, so bildet doch die Verpflichtung der Ehegatten zum gemeinschaftlichen Zusammenleben und zur gegenseitigen Duldung und Unterstützung die Regel von der am wenigsten um solcher Fehler willen abgegangen werden darf, welche, wie

der Müßiggang, die Neigung zum Wirthshausleben und die daraus hervorgehende Verarmung in den niederen Ständen so häufig vorzukommen pflegen. Selbst eine wirkliche Trunksucht, von der hier gar nicht einmal die Rede ist, konnte nur insofern als ein Separationsgrund angesehen werden, als sie zu eigentlichen Excessen gegen den anderen Ehegatten Anlaß gäbe.

Auch kann man dagegen nicht einwenden, daß doch der Trunk u. s. w. durch das Interlocut des Stadtgerichts zum Beweise verstellt worden seien und mithin über die Relevanz der in dem ersten Absatze des Beweisinterlocuts zusammengestellten Umstände für den gegenwärtigen Rechtsstreit schon **res judicata** vorhanden sei. Denn das Stadtgericht hat sich zugleich, je nach dem Ergebnisse der Beweisführung, das weitere Erkenntniß vorbehalten und so es dem freien **arbitrium** überlassen, demnächst über das Zureichende des gelieferten Beweises zum Zwecke des künftigen Urtheils zu entscheiden, wie dies auch bei Beweisinterlocuten der vorliegenden Art im höchsten Grade zweckmäßig erscheint.

348. Abneigung der Eheleute als Scheidungsgrund.

Es ist auch noch auf die actenkundige gegenseitige Abneigung beider Eheleute ein unterstützendes Gewicht gelegt. Allein abgesehen davon, daß die Klage hierauf nicht gegründet worden, so ist auch die Abneigung, so weit sich darüber aus den Acten urtheilen läßt, nur eine einseitige der Klägerin und läßt sich eine gleiche Abneigung auf der Seite des Beklagten nicht behaupten. — — Ueberhaupt kann die bloße Abneigung der Ehegatten, und wäre sie auch eine gegenseitige, für sich allein nicht als **justa causa** einer Separation angesehen werden, sondern kommt es dabei immer entweder auf die Gründe an, durch welche sie erzeugt worden, oder auf die Folgen, welche dadurch herbeigeführt worden sind.

CXLIII.

Jost Heinrich u. Maria Nicolaus Itzel dahier, Kläger

contra

seine Brüder Philipp Jacob, Johann Gerhard und Johann Nicolaus Itzel dahier, Beklagte.

Den Itzel'schen Kindern waren in der älternlichen Erbtheilung zwei Häuser zugefallen. Zum Behufe der Auseinandersetzung beantragten die Kläger die öffentliche Versteigerung der beiden Immobilien, während die Beklagten dagegen Widerspruch erhoben. Die Kläger stützten ihren Antrag namentlich auf einen Vertrag vom 31. Mai 1839, in welchem sich sämmtliche Erbinteressenten zu dem Verkaufe verbindlich machten, und auf das dem Miteigenthümer zustehende Recht der Theilung des Miteigenthums. Die Beklagten behaupteten die Aufhebung jenes Vertrags.

Das Stadtgericht verfügte am 1. Sept. 1843 die Versteigerung. Dieses Urtheil wurde bestätigt vom

Spruchcollegium zu Jena am 26. Febr. 1844.

Oberappellationsgerichte am 29. Nov. 1845.

Philipp Jacob und Johann Gerhard Itzel hatten sich bei dem Urtheile des Appellationsgerichtes beruhigt.

349. Klage des Miteigenthümers auf Theilung.

Der Antrag der Kläger, die beiden von ihrem Vater auf sie und ihre Brüder vererbten Häuser zum Zwecke der Theilung zur öffentlichen Versteigerung zu bringen, erscheint

1. an sich vollkommen begründet, man mag nun auf die dafür in Bezug genommenen gesetzlichen Vorschriften oder auf den unter den Partheien am 31. Mai 1839 geschlossenen Vergleich sehen. Denn so viel erstere betrifft, so erzeugt bekanntlich ein Communion-

Verhältniß, wie das vorliegende, die Berechtigung jedes einzelnen Theilhabers auch wider Willen der übrigen Theilung zu verlangen,

L. 43 D. fam. ercisc. (10, 2)

L. 26 § 4 D. de condict. ind. (12, 6)

L. 5 C. communi divid. (3, 37)

und es ist ebenfalls von den Gesetzen anerkannt, daß, wo eine andere Theilungsart unthunlich erscheine, zur Licitation zu schreiten sei.

L. 3 C. commun. divid. (3, 37)

Durch den gedachten Vergleich aber ist nicht nur die Auseinandersetzung überhaupt, sondern eventuell der öffentliche Verkauf bereits von den Partheien beliebt worden — — — und es unterliegt die fortdauernde Gültigkeit dieses Vergleichs, obgleich der darin zum Verkaufe festgesetzte Termin (1. November 1839) längst verstrichen ist, nicht dem mindesten Zweifel.

L. 21 § 9 in f. D. de act. emt. vend. (19, 1)

Dagegen stellen sich

II. die gegen die Klage vorgeschützten Einreden als völlig unbegründet dar. Wenn nämlich

A. eingewendet wird, es hätten sich die sämmtlichen Erben nach der Zeit des Vergleichs vom 31. Mai 1839 verständigt, von einer Versteigerung der Behausung zu abstrahiren und dieselbe möglichst valiren zu machen und in rechten Werth zu bringen, so war diese Einrede

1. schon wegen ihrer gänzlichen Unbestimmtheit nicht zu beachten, welche zwar nicht in dem Ausdrucke „verständigt" liegt, da dieser ganz füglich als Bezeichnung eines wirklich geschlossenen Pactum gelten kann, wohl aber in der Art, wie das Ziel, bis zu welchem nach der angeblichen Verständigung die Gemeinschaft hat fortdauern sollen, sowohl in der Klage, als auch später fast durchgängig angegeben ist. Denn wenn hier gesagt wird, es habe nach der Verständigung die Gemeinschaft so lange bestehen sollen, bis die Häuser in rechten Werth gebracht seien, so ist der Begriff „rechten Werth" ein durchaus unbestimmter und relativer. Und diese Unbestimmtheit ist auch keineswegs dadurch gehoben, daß in einer, auch in dieser Instanz wieder in Bezug genommenen

Stelle des Appellationslibells in zweiter Instanz der rechte Werth als der bezeichnet wird, welcher den aus den Häusern „zu ziehenden" und „gezogen werdenden" Zinseneinnahmen entspreche, als der, zu dem „das Haus" nach dem den Partheien bekannten bestimmten Willen ihres Vaters verkauft werden solle; indem auch hier neben der wirklichen, auch der zu ziehenden Einnahme gedacht, der Wille des Vaters nur hinsichtlich eines Hauses in Bezug genommen wird und es völlig ungewiß bleibt, ob hier die Brutto-Einnahme oder die Einnahme nach Abzug der Unterhaltungskosten gemeint ist. — Wäre aber auch hier eine größere Bestimmtheit vorhanden, ja sogar der zu erzielende Preis in Zahlen ausgedrückt, so würde gleichwohl

2. die angebliche Uebereinkunft aus dem Grunde nicht beachtet werden können, weil dadurch der Fortdauer der Gemeinschaft keine solche feste Grenze gesetzt wäre, wie es rechtlich erforderlich ist.

L. 14 § 2 D. communi divid. (10, 3)

Denn wenn auch die in dieser Stelle vorkommende Bestimmung nicht den Sinn haben dürfte, daß als Grenze des Communion-Verhältnisses nothwendig ein Kalendertag oder doch ein dies bestimmt werden müsse, bei welchem beides, sowohl daß, als wann er erscheinen werde, gewiß ist, so erfordert der Begriff des certum tempus, welches hier als Bedingung der Gültigkeit einer Uebereinkunft, wie die fragliche hingestellt ist, unabweislich Gewißheit darüber, daß der verabredete Zeitpunct überall einmal eintreten werde, weil sonst die Vereinbarung möglicher Weise dahin führen kann, daß nie getheilt wird, was in der L. 14 cit. ausdrücklich für unstatthaft erklärt ist. Nun aber würde es hieran, bei der vorgeschützten Verständigung, selbst wenn ein der gegenwärtigen Einnahme aus den Häusern entsprechender bestimmter Preis verabredet wäre, ganz ersichtlich fehlen, indem es völlig ungewiß ist, ob ein solcher jemals werde erzielt werden können, der beredete dies mithin ein dies incertus, also eine wahre conditio und als solche nicht zu beachten sein würde. — Nicht weniger verwerflich ist

B. die zweite Einrede, welche daraus hergenommen wird, daß der öffentliche Verkauf zu einem höchst ungünstigen Momente be-

antragt sei und einen unersetzlichen Nachtheil herbeiführen werde. Denn es ist klar, daß diese Einrede

1. gegen die Klage, insoweit sie auf den Vertrag vom 31. Mai 1839 gegründet ist, überall nicht geltend gemacht werden kann, da in diesem die frühere Streitigkeit über die zu legende Erbtheilung unter den sämmtlichen Brüdern Itzel ja gerade dahin verglichen worden ist, daß die Häuser eventuell zu einem bestimmten Preise zu versteigern seien. Sieht man aber auch

2. von diesem in der Mitte liegenden Vergleiche ab, so könnte, selbst wenn man dem Richter die Macht einräumen wollte, der von einem condomino beantragten Theilung einer gemeinschaftlichen Sache unter besonderen Umständen wegen Evidenz des für alle Theilhaber damit verknüpften Nachtheils, im Interesse der Gesammtheit, einstweilen Anstand zu geben, doch dieses arbitrium im vorliegenden Falle nicht dahin führen, der Einrede zu deferiren.

Abgesehen von den Gründen, welche Beklagter dafür anführt, warum ihm besonders daran liegen muß, daß die Gemeinschaft noch fortdauere, welche aber natürlich unberücksichtigt bleiben mußten, da jedenfalls nur das gemeinsame Interesse aller Theilhaber in Betracht kommen durfte,

L. 65 § 5 in f. D. pro socio. (17, 2)

so fehlt es eigentlich schon an einer bestimmten Behauptung, daß eine Versteigerung der beiden Häuser jetzt noch allen Interessenten nachtheilig sein würde, indem Beklagter in voriger wie in gegenwärtiger Instanz sich nur dahin ausdrückt, daß der Verkauf der Grundstücke zu der Zeit, wo er von den Klägern beantragt worden, unvortheilhaft für die Theilhaber gewesen sei und nur darüber eventuell zum Beweise zugelassen zu werden verlangt, hierauf aber nichts ankommen kann, da, wenn die Verhältnisse sich inzwischen auf eine dem Verkaufe der Häuser günstigere Weise verändert haben sollten, darauf hin die Einrede, auch wenn sie ursprünglich gegründet gewesen sein sollte, unbedenklich würde verworfen werden können. Allein auch wenn es die Meinung der Beklagten sein sollte, daß die geltend gemachten Gründe gegen den Verkauf noch jetzt stattfinden, so würden dennoch dieselben nicht beachtet werden können. Denn da ein dem möglichen Mieth-

ertrage der Häuser entsprechender Kaufpreis schwerlich jemals zu erlangen sein und also das Begehren, den Verkauf bis dahin auszusetzen, gewisser Maßen auf das ganz unstatthafte Verlangen ne omnino divisio fiat hinauslaufen würde, so könnte es immer nur auf die Gründe ankommen, weßhalb der Verkauf gerade jetzt besonders unvortheilhaft sei. Hierfür nun aber ist nur der eine Grund geltend gemacht, daß durch die projectirte neue Straßen-Anlage Aussicht vorhanden sei, daß die fraglichen Häuser bedeutend im Werthe steigen würden, und dieser Grund, der an sich allerdings nicht ganz unerheblich erscheint, hat sich durch die vom Beklagten selbst in dieser Instanz beigebrachte Nachweisung, daß mit der Ausführung der neuen Anlage bereits zu Ende Februar 1844 habe begonnen werden sollen, vollständig erledigt. Was aber beiläufig darüber geäußert ist, daß die noch für längere Zeit bestehenden Miethcontracte bei einem jetzt vorzunehmenden Verkaufe die Nothwendigkeit bedeutender Entschädigungen herbeiführen würden, beseitigt sich hinreichend durch das von den Klägern darüber Bemerkte. Es würde daher dem Beklagten auch nichts helfen, wenn man auf den in dieser Instanz von ihm für diese Einrede aufgestellten Gesichtspunct einer zwischen ihm und den Klägern bestehenden societas eingehen könnte, da auch dann die in der Klage liegende Kündigung wenigstens jetzt nicht mehr als eine intempestive zu betrachten sein würde, abgesehen davon, daß darauf, insofern nicht ein certum tempus der Dauer verabredet ist, nie eine Einrede gegen den Antrag auf Theilung der res communis, sondern nur ein Anspruch auf Entschädigung gegründet werden könnte; und es bedarf daher kaum einer näheren Ausführung darüber, daß hier, wo die Partheien sich nicht ursprünglich zu dem Zwecke frei vereinigt haben, um aus der Betreibung der Gastwirthschaft und dem Vermiethen der Localitäten ihrer Grundstücke ein Geschäft zu machen, sondern wo, wie sich dies aus dem Vertrage vom 31. Mai 1839 ganz klar ergibt, die einstweilige Fortsetzung von Beidem nur eine nothwendige Folge des Besitzes der nicht sofort veräußerlichen Behausungen war, keineswegs eine societas vorliegt, sondern lediglich die administratio einer res communis.

L. 31—33 D. pro socio. (17, 2)

Und ebenso wenig bedurfte es einer Widerlegung, wenn der Beklagte etwa in der den Klägern untergelegten Absicht, die Häuser in der Versteigerung für ein Geringes über den Betrag der Insätze an sich zu kaufen, wirklich eine Rechtfertigung seiner Weigerung zu finden vermeinen sollte, da es auf flacher Hand liegt, daß den Klägern kein dolus vorgeworfen werden kann, wenn sie von einem Rechte Gebrauch machen, was jedem Dritten zusteht und dessen sich zu bedienen dem Beklagten ebenfalls die Gelegenheit geboten wird. Wenn endlich der Beklagte

C. einwendet, daß gerade die öffentliche Versteigerung, auf welche das Stadtgericht erkannt habe, sich als besonders nachtheilig erweisen würde, so kann dieser Einwand schon

1. dem Vertrage vom 31. Mai 1839 gegenüber, worin dieses Auskunftsmittel gerade bestimmt verabredet ist, überall nicht erhoben werden. — Allein

2. auch abgesehen davon findet derselbe in dem Stadtgerichts-Urtheil bereits eine genügende Widerlegung, indem der einzige Theilungsmodus, der außer der öffentlichen Versteigerung noch etwa in Frage kommen könnte, nämlich eine Licitation unter den Erben allein, dem Beklagten, welcher gar nicht beabsichtigt, selbst die Häuser zu erwerben, ersichtlich noch nachtheiliger wäre, indem dadurch die Aussicht, die Häuser hoch auszubringen, verringert und dagegen gerade die Möglichkeit für die Kläger vergrößert werden würde, sie für ein Geringes anzukaufen.

CXLIV.

F. M. Knapp zu Appenweier, Kläger u. Widerbeklagter

contra

Johann Carl Martin Dilthey dahier, Beklagten u. Widerkläger.

Kläger klagte gegen Beklagten den Betrag von fl. — wegen gelieferter Weine aus. Der Beklagte stellte den Grund der Klage

in Abrede, behauptete, die Weine seien schlecht und unbrauchbar gewesen. Der Beklagte wandte ferner ein, daß die eingeklagten Protest- und Retourspesen, mit fl. 21. 9 kr., sowie der Betrag zweier Wechsel im Betrage von fl. 294. 36 kr. von ihm nicht zu zahlen seien, weil Kläger ihm die verweigerte Annahme und Zahlung der bezüglichen Tratten nicht zeitig notificirt habe, womit Beklagter zugleich eine Widerklage auf Zahlung dieser dem Kläger angeblich als Vorschuß remittirter Wechsel verband. In der Replik anticipirte Kläger den Beweis seines Klaggrundes.

Das Stadtgericht verurtheilte am 20. October 1843 den Beklagten zur Zahlung des eingeklagten Betrags unter Abweisung der Widerklage. Auf Appellation des Beklagten bestätigte das Appellationsgericht am 4. December 1843 das stadtgerichtliche Erkenntniß, während unter Compensation von einem Viertheile der Kosten und unter Verurtheilung des Beklagten in die anderen drei Viertheile das Oberappellationsgericht am 13. December 1845 dahin erkannte, daß die Widerklage als solche abzuweisen und in der Vorklage der Beklagte zur Bezahlung der Forderung des Klägers wegen gelieferter Weine bis zu dem Betrage von fl. — nebst fünf Procent Verzugszinsen — —, insofern der Kläger eine Caution von fl. 80 für die Proceßkosten bestellen würde, ohne Weiteres zu verurtheilen sei, hinsichtlich des Restes dieser Forderung von fl. 294. 36 kr. aber, sowie der ferneren Forderung des Klägers von fl. 21. 9 kr. für Protestkosten der Kläger annoch — — zu erweisen habe, daß er dem Beklagten von der verweigerten Acceptation und Zahlung der beiden — — Wechsel rechtzeitig Nachricht gegeben, worauf demnächst vom Stadtgerichte über diese beiden Posten und über die Kosten erster Instanz weiter, was Rechtens, zu erkennen sei.

350. Unterlassung der Anzeige der verweigerten Acceptation und Zahlung an den ersten Indossanten compensando geltend gemacht. Beweislast.

Der Beklagte behauptet, daß ihm der Kläger von der verweigerten Acceptation und Zahlung der beiden gedachten Wechsel, die im

art. 27 u. 28 der Wechsel-Ordnung

und in der

Declaration des art. 27 vom 4. September 1798

vorgeschriebene Anzeige nicht gemacht habe, und gründet hierauf zwei Anträge:

1. die zweite Forderung des Klägers wegen Erstattung von Protestkosten sei verwerflich und

2. der Kläger müsse ihm den Betrag der beiden Wechsel, obgleich dieselben nicht eingegangen seien, mit fl. 294. 36 gutschreiben. — — —

Diese beiden Anträge des Beklagten sind nun, insofern die fragliche Anzeige wirklich unterlassen ist, nach den oben angeführten gesetzlichen Bestimmungen allerdings für begründet zu achten und waren die vorigen Erkenntnisse, welche dieselben verworfen haben, in diesem Puncte abzuändern. Wenn nämlich

1. in erster Instanz diese Verwerfung darauf gegründet ist, daß der Beklagte der Aussteller der Wechsel sei, so ergibt sich aus den Protesten, daß der Aussteller der Wechsel C. F. Müller, der Beklagte hingegen der erste Indossatar und Indossant war.

2. — — —

3. Der von den Klägern selbst geltend gemachte Grund besteht darin, es sei hier eine Anzeige an den Beklagten deßhalb nicht nöthig gewesen, weil derselbe keinen anderen Vormann habe, als den Aussteller des Wechsels, an welchem er seinen Regreß weiter nehmen könne, auch ohne ihm seinerseits eine Anzeige gemacht zu haben. Dieser Einwand läuft aber den klaren Worten der Declaration von 1798 zuwider, indem hierin theils unter Nr. 2 und 3 ein bestimmter Gegensatz zwischen den Indossanten und der Person des Trassanten gemacht wird, mithin alle Indossanten, der erste und die folgenden, einander gleichgestellt werden, theils unter Nr. 2 ausdrücklich bestimmt ist, der Verlust des Regresses an die Indossanten wegen Unterlassung der fraglichen Anzeige solle ohne Unterschied eintreten, ob in dem besonderen Falle die Vernachlässigung den Indossanten in eine schlimmere Lage, als worin er sich sonst befunden haben würde, versetzt habe oder nicht. Endlich

4. macht es auch, soviel die Einrede der Compensation insbe-

sondere anbetrifft, keinen Unterschied, daß hierbei der Kläger keine Regreßklage wegen des Nichteingangs der Wechsel anstellt, sondern, nachdem er die Wechsel von dem Beklagten zur Abrechnung auf eine andere Forderung erhalten hatte und dieselbe nicht eingegangen waren, nun den ganzen Betrag jener Forderung einklagt und die Wechsel nicht darauf in Abrechnung bringen will; denn der art. 27 der Wechsel-Ordnung redet nicht bloß von Verlust der Regreßklage, sondern sagt ganz allgemein, bei Unterlassung der mehrgedachten Anzeige sei weder der Ausgeber noch der Girant des Wechsels gehalten für dessen Nichteingang „weiter zu stehen oder Red und Antwort zu geben", worunter der hier vorliegende Fall mitbegriffen ist, wie denn auch beide Fälle materiell einander gleich sind.

cf. L. 156 § 1 D. de reg. jur. (50, 17)

In der Declaration von 1798 ist zwar nur von dem Verluste einer Regreßklage die Rede; aber deren Zweck war gar nicht, den art. 27 in dieser Hinsicht zu beschränken, und jene Fassung derselben rührt nur daher, daß, wie aus dem Eingange ersichtlich ist, gerade Processe über Regreßklagen die Veranlassung zu der damaligen Declaration gegeben hatten.

Demnach war zwar die sofortige Verurtheilung des Beklagten zur Bezahlung der Forderung des Klägers für gelieferten Wein bis zum Betrage von fl. – nebst Verzugszinsen zu bestätigen, hinsichtlich des Restes dieser Forderung von fl. 294. 36 kr. aber, so wie der zweiten Forderung des Klägers von fl. 21. 9 kr. für Protestkosten, erst noch auf Beweis wegen der gemachten Anzeige zu erkennen, und hierbei trifft die Beweislast den Kläger, da jene Anzeige eine dem Inhaber des Wechsels obliegende gesetzliche Verbindlichkeit ist, die er erfüllen muß, um den Nichteingang des Wechsels rechtlich geltend zu machen, und deren Erfüllung er daher, als Bedingung hiervon, zu beweisen hat. In diesem Sinne drückt sich auch der art. 28 der W.-O. aus, indem es dort heißt: „wobei der Inhaber des Briefs, um alle und jede Giranten und den Ausgeber des Wechselbriefes — — in obligo zu behalten, nichts weiter zu beobachten hat, als daß er von der nicht erfolgten Zahlung dem vor ihm stehenden Giranten — Nachricht gebe" und

ferner, „mithin wann auch gleich ein oder anderer Girant solches verabsäumte, dessen Fehler gegen den Inhaber des Briefes, welcher sein Ambt gethan, nicht allegiret werden kann."

Das Verhältniß bei der Einrede der Compensation ist in dieser Hinsicht ganz dasselbe, indem hier das Fundament in der bereits erwiesenen Indossirung und Uebermachung der Wechsel an den Kläger besteht und deren Nichteingang von dem Kläger als Replik geltend gemacht wird.

CXLV.

Joseph Jacob Reinach dahier, Civiladhärent

contra

Carl W., Civiladhäsen.

Zur Untersuchungssache gegen

Jacob Bachmann und Edmund König wegen Diebstahls und gegen C. W. wegen Ankaufs von entwandtem Indigo.

Jacob Bachmann und Edmund König stahlen mittelst Einsteigens dem J. J. Reinach — — Pfd. Indigo und erhielten hierfür Zuchthausstrafe. C. W. hatte diesen Indigo gekauft: es wurde ihm vom Appellationsgerichte als Criminalgerichte für dieses Mal ernstlich verwiesen, daß er solche Geschäfte betreibe, die einer Begünstigung des Diebstahls gleich stehen. Zugleich erkannte das Appellationsgericht (am 19. Februar 1844), daß die bei C. W. erhobenen 30¼ Pfd. Indigo dem Civiladhärenten J. J. Reinach herauszugeben seien und behielt demselben noch außerdem vor, seine Ansprüche gegen W. bei den bürgerlichen Gerichten zu verfolgen, insoweit er damit auszureichen gedenke. Auf Appellation des Civiladhärenten erkannte unter Kostencompensation das Oberappellationsgericht am 7. April 1845, daß der Appellat dem Civiladhärenten den Werth von

59¾ Pfd. Indigo mit fl. 194. 11¼ kr. nebst 5% Verzugszinsen seit dem 15. Februar 1844 zu bezahlen und ferner den Schaden, welchen der Civiladhärent an den ihm in natura zurückzugebenden 30¼ Pfd. Indigo durch Verderb oder Werthverminderung erlitten haben möchte und zu dessen Liquidation derselbe beim Appellationsgerichte zuzulassen ist, zu erstatten habe; dahingegen der Anspruch des Civiladhärenten auf die Bezahlung des Werthes von noch weiteren 113 Pfd. Indigo angebrachter Maßen abzuweisen sei.

351. Rechtsmittel bei Civiladhäsionen.

In der vorliegenden Sache kann die Zulässigkeit der gewöhnlichen Appellation aus § 34 der Gerichtsordnung für das Oberappellationsgericht keinen Zweifel leiden, wie solches von dem letzteren schon früher in den Urtheilen

Fr. S. c. Umpfenbach de 1837
Diehl Erben c. Umpfenbach 1838
Welter u. Cten. c. Baruch Halle u. Cten. 1843

erkannt und ausgeführt worden ist; auch macht es in dieser Hinsicht keinen Unterschied, wenn man die in der vorigen Instanz in Beziehung auf den jetzigen Appellaten erfolgte Entscheidung über den Criminalpunct als eine Absolution von der Instanz betrachtet, da in diesem Falle — nach den Ausführungen in dem letztgedachten Erkenntnisse — ebensowohl eine Appellation des Adhärenten wegen seiner Civilansprüche stattfindet.

352. Civiladhäsion. Competenz der Gerichte. Verfahren.

Ferner hat sich das Oberappellationsgericht gleichfalls schon früher über die Competenz der Gerichte bei Civiladhäsionen und das dabei zu beobachtende processualische Verfahren dahin ausgesprochen, daß, sobald bei dem Schlusse der Criminaluntersuchung ein genügender Beweis über diejenigen factischen Verhältnisse, wodurch eine Verpflichtung des Angeschuldigten zum Schadensersatze an sich begründet wird, in den Acten vorliege, von dem Criminalgerichte, also in Frankfurt von dem Appellationsgerichte selbst über diese Schadensansprüche zu erkennen

und der Civiladhärent damit nicht an die Civilgerichte zu verweisen, auch demselben die weitere Liquidation über den Betrag des Schadens beim Appellationsgerichte zu eröffnen sei.

Fr. S. Diehl Erben c. Umpfenbach 1838
Welter c. Baruch-Halle 1843

353. Schadensersatz. Actio ad exhibendum. Actio furti in duplum.

Anlangend die rechtliche Begründung dieser Schadensansprüche, so hat der Sachführer des Appellanten in der jetzigen Instanz als die hier anwendbaren Klagen bezeichnet:

1. die actio ad exhibendum, womit verfolgt werden soll theils die Bezahlung des Werthes des von dem Appellaten wieder verkauften Indigo, nach dem Grundsatze, daß is, qui dolo desiit possidere, ebenso zu verurtheilen sei, als ob er noch besitze, theils der Ersatz des Schadens, welchen der Appellant an den ihm in natura zurückzugebenden 30¼ Pfd. Indigo durch Verderb oder Werthverminderung erlitten zu haben behauptet.

Diese Klage ist nun auch für den ersten Punct unstreitig geeignet

L. 9 § 4 L. 14 D. ad exhib. (10, 4)

und, wenn dies in Ansehung des zweiten Punctes ein Bedenken finden könnte, so würde dafür jedenfalls die rei vindicatio oder actio in rem Publiciana ausreichen

L. 5 C. de rei vind. (3, 32)

und jene Aeußerung des Sachführers, welche nach ihrer Fassung nicht die bestimmte Wahl einer Klage, sondern nur eine Rechtsansicht enthält, kein Hinderniß sein, diese letztere Klage hier zum Grunde zu legen. Dahingegen ist

2. die actio furti in duplum, welche der gedachte Sachführer mit der actio ad exhibendum verbinden will, nach heutigem Rechte nicht mehr anwendbar. Es kommt dabei nicht auf die allgemeine Frage von der practischen Gültigkeit der Römischen Privatklagen an, sondern hier entscheidet der specielle Inhalt der

art. 157 u. 158 der Peinl. Ger.-Ordng.,

aus welchen klar der Grundsatz hervorgeht, daß die Privatstrafen des Römischen Rechts wegen des Diebstahls nicht eintreten sollen,

sobald eine öffentliche Strafe verordnet ist. Denn nach art. 157 findet bei dem gewöhnlichen heimlichen Diebstahle nur die Römische poena privata dupli, nicht aber eine öffentliche Strafe daneben statt; indem zwar in der früheren Redaction ein anderes Princip angenommen, nämlich bestimmt war, daß neben jener Privatstrafe auch eine öffentliche Geld- und Gefängnißstrafe eintreten solle, allein jetzt dieses Princip reprobirt und die ganze Verfügung wegen der öffentlichen Strafe in der Hauptstelle gestrichen ist, so daß es offenbar nur auf einem Versehen beruht, wenn in dem darauf folgenden Nebensatze die Worte: „und soll der beschädigt mit derselben eynfachen vergleichung des Diebstahls — — der oberkeyt geltbuß vorgehen" aus der früheren Redaction stehen geblieben sind.

Vgl. Zoepfl die peinl. Gerichtsordn. p. 182. 183.

Im art. 158 sodann ist ganz ausdrücklich bestimmt, daß bei dem gewöhnlichen furtum manifestum, insofern eine öffentliche Strafe vorgeschrieben sei, nur die Herausgabe der Sache oder die Erstattung des einfachen Werthes derselben, hingegen die Römische poena privata quadrupli nur in dem Falle eintreten solle, für welchen aus besonderen Gründen keine öffentliche Strafe stattfinde. Nun aber trifft die Gehülfen und Begünstiger eines Diebstahls jetzt bei jeder Art des Letzteren eine öffentliche Strafe, was bei dem hier in Frage stehenden großen und gefährlichen Diebstahle auch schon nach der peinlichen Gerichts-Ordnung der Fall war; und ebenso ist in der

Frankf. Verordng. v. 19. Sept. 1760

eine öffentliche Strafe gegen Personen vorgeschrieben, welche gestohlene Sachen unter verdächtigen Umständen kaufen.

354. Schadensersatz. Zur factischen Begründung der Ansprüche gehört mala fides, nicht dolus.

Soviel ferner die factische Begründung der fraglichen Schadensansprüche und den darüber vorhandenen Beweis betrifft, so ist

A. der Umstand, daß derjenige Indigo, welchen der Appellat von Bachmann gekauft hat, von diesem Letzteren dem Civilab-

härenten gestohlen worden ist, nach den Grundsätzen des Adhäsionsverfahrens für hinreichend constatirt anzunehmen. Denn — —

B. Außerdem ist zur factischen Begründung der fraglichen Schadensansprüche an sich nur noch erforderlich, daß der Appellat bei dem Ankaufe des Indigo in mala fide gewesen sei, nicht bloß bei der Erstattung des dem Appellanten an dem noch vorhandenen Indigo verursachten Schadens, wo dies nach der schon angeführten

L. 5 C. de rei vind. (3, 32)

klar ist und von dem Appellaten nicht bestritten wird, sondern auch bei der Bezahlung des Werthes des wieder verkauften Indigo. Bei diesem letzteren Posten verlangt zwar der Appellat noch den besonderen Beweis, daß der Wiederverkauf in der speciellen dolosen Absicht geschehen sein müsse, sich der Vindication zu entziehen; allein hierauf kommt es bei demjenigen, welcher den Besitz einer Sache mala fide erlangt hat, nicht an, vielmehr haftet dieser, wenn er sich desselben entäußert, unbedingt so, als ob er noch besitze. Denn in diesem Maße, ohne alle Erwähnung einer speciellen dolosen Absicht, ist der Grundsatz in dem in der

L. 20 § 6 D. de heredit. pet. (5, 3)

enthaltenen Senatusconsultum Hadriani aufgestellt, auf welchem derselbe beruhet und woraus er auf andere Klagen übertragen worden ist;

L. 27 § 3 D. de rei vindic. (6, 1)

und dies bestätigt sich durch

L. 20 § 12 § 21 D. de heredit. pet. (5, 3)
L. 23 § 6 D. de rei vind. (6, 1)
L. 14 D. ad exhibendum (10, 4)
L. 1 § 2 D. de tigno juncto (47, 3).

Ferner ist hinsichtlich jenes Erfordernisses das gemeine Recht durch die

Frankf. Verordnung v. 19. Sept. 1760

noch dahin modificirt, daß es schon genügt, wenn Jemand eine Sache unter so verdächtigen Umständen gekauft hat, daß er hieraus vernünftiger Weise leichtlich urtheilen konnte, es möchte solches gestohlenes Gut sein, indem aus der gedachten Verordnung eine

Gleichstellung dieses Verhältnisses mit der wirklichen **mala fides**, in Beziehung auf die Verpflichtung zum Schadensersatze, folgt. Dies ist ebenfalls vom Oberappellationsgerichte schon in der mehrfach angezogenen Sache

Welter c. Baruch=Halle

erkannt und ausgeführt worden; und die Einwendungen, welche der Sachführer des Appellaten jetzt noch hiergegen vorgebracht hat, können nicht für erheblich erachtet werden. Denn wenn derselbe behauptet, daß jene Verordnung überall keine neue Bestimmungen, sondern nur eine Einschärfung der schon bestehenden gesetzlichen Vorschriften enthalte, so ist dies offenbar unrichtig, da es unstreitig eine neue gesetzliche Bestimmung ist, daß darin auf den bloßen Ankauf von gestohlenen Sachen unter verdächtigen Umständen eine Strafe gesetzt wird; und wenn er ferner theils aus den Worten „Sachen und Effecten", theils aus der Verweisung auf die Reformationsstelle II. tit. 12 § 10 den Schluß ziehen will, daß die Verordnung nicht auf Kaufmannswaaren gehe, so folgt aus jenen Ausdrücken wegen ihrer Allgemeinheit grade das Gegentheil, die gedachte Verweisung aber findet sich in einer Stelle, die ein bloßer Anhang zu der Verordnung ist und als solcher durch die Worte: „Inmaaßen dann anbenebst" &c. bezeichnet wird. Uebrigens entspricht auch jene Gleichstellung dem, was schon im gemeinen Rechte über die Gleichstellung des bloßen Ankaufs einer Sache gegen den Einspruch des Eigenthümers oder der Gläubiger mit einer wirklichen **mala fides** und **conscientia fraudis** vorkommt.

L. 17 C. de rei vind. (3, 32)

L. 10 § 3 C. quae in fraudem credit. (42, 8)

cf. auch **L. 3 § 7 u. 8 L. 4 D. quod vi aut clam. (43, 24)**

Daß nun aber der Appellat den Indigo unter höchst verdächtigen Umständen, auf welche die angeführte Verordnung volle Anwendung findet, gekauft hat, geht allerdings aus den Acten hervor, wenn man auch ganz von den Aussagen des Bachmann und dem Berichte des Polizeicommissärs v. Boltog abstrahirt und lediglich die Geständnisse des Appellaten vor dem Polizeiamte und dem peinlichen Verhöramte zum Grunde legt. Hiernach hat nämlich

1. dem Appellaten ein ihm ganz unbekannter Mensch, ein

Bleicherskneсht — der also das Ansehen eines Arbeiters hatte — Indigo zum Kaufe angetragen;

2. er hat diesem Menschen die Abnahme zugesagt und darauf hat ihm derselbe zu acht verschiedenen Malen Quantitäten Indigo, im Ganzen gegen 90 Pfd. zugebracht;

3. bei diesen Verkäufen hat jener Mensch keinen Preis gefordert und das Gewicht nicht angegeben, sondern der Appellat hat den Preis bestimmt und das Gewicht erst ermittelt;

4. er hat bei allen diesen Vorgängen weder jenen Menschen nach seinem Namen gefragt, noch sich näher erkundigt, was es für eine Bewandtniß mit dem Indigo habe, außer daß der Verkäufer gesagt haben soll, es sei für Jemand, der Geld brauche. Diese Art von Verkauf stellt sich nach der Beschaffenheit der Waare, nach der Person des Verkäufers, nach dessen Benehmen und dem ganzen Hergange von selbst als eine fortgesetzte, von dem Verkäufer — seitdem er die Zusage der Abnahme hatte — nach Gelegenheit an den Waaren eines Kaufmanns begangene, auch von dem Käufer wohl geahnte Entwendung dar; der Appellat gesteht aber

5. auch selbst ein, daß er gleich Anfangs bei dem Anbieten und nachher wieder bei dem fortgesetzten Zubringen des Indigo wirklich Verdacht geschöpft habe. Wenn er hierbei hinzufügt, er habe sich beide Male wieder beruhigt, weil jener Mensch gesagt habe, es sei für Jemand, der Geld brauche, so ist dies gar nicht zu beachten, da dergleichen eine gewöhnliche Ausrede der Verkäufer von gestohlenen Sachen ist, und namentlich läßt sich nicht absehen, wie er denn das zweite Mal wegen seines neuen Verdachts dadurch beruhigt werden konnte, daß Bachmann bloß dasselbe wiederholte, was er schon das vorige Mal gesagt hatte. Dazu kommt endlich noch,

6. daß er geständlich den Einkauf des Indigo nicht in seine Bücher eingetragen hat, und seine Angabe, daß er immer nur den Gesammtbetrag aller in jedem Monate gemachten Waareneinkäufe im Ganzen und ohne Specification in seine Bücher eintrage, läuft gegen alle Wahrscheinlichkeit, da hierbei kein Handel bestehen könnte. Dem von ihm als eine Vermuthung für seine bona fides angeführten Umstande aber, daß er den Indigo in Frankfurt selbst

dem Handelsmann Andreae und dem Fabricanten Humbert wieder angeboten hat, kann wenig Gewicht beigelegt werden, da er hierdurch in einer so großen Handelsstadt und bei einem so gangbaren und so wenig kenntlichen Artikel nicht leicht eine Entdeckung zu besorgen hatte.

Demnach steht die Verbindlichkeit des Appellaten zum Schadensersatze an sich rechtlich und factisch fest.

355. Schadensersatz. Geldwerth. Verzugszinsen bei Civiladhäsionen.

Daß der damalige Verkaufspreis fl. 3. 15 betragen hat, gibt der Appellat selbst an — —; daß aber dieser von dem Appellaten selbst gelöste Verkaufspreis hier zum Grunde zu legen ist, folgt schon aus der Bestimmung der

L. 3 C. de rei vind. (5, 32).

Von dieser Summe gebühren dem Appellanten ferner Verzugszinsen zu 5%, aber nicht seit dem 6. November 1843, wo er seine Denunciation bei dem Polizeicommissär anbrachte, sondern erst seit dem 15. Februar 1844, wo die von ihm als Civiladhärenten gestellten Anträge dem Appellaten durch das peinliche Verhöramt eröffnet worden sind, was bei dem Adhäsionsverfahren der Insinuation der Klage gleichsteht.

356. Civiladhäsion. Nicht liquide Posten sind abzuweisen.

Der Anspruch des Appellanten, daß ihm der Appellat — — auch noch den Werth von weiteren 113 Pfd. als von ihm wieder verkauft, erstatten sollte, mußte angebrachter Maßen abgewiesen werden, weil der Appellant nicht vermocht hat, seine Behauptung, daß der Appellat von Bachmann mehr als 90 Pfd. Indigo gekauft habe, irgend näher zu begründen, obgleich von ihm alles, was zu dieser Begründung dienen soll, umständlich vorgetragen worden ist. — — —

Daß die Abweisung dieses Postens vom Oberappellationsgerichte ausgesprochen werden konnte, hat kein Bedenken, da der Appellant sich beschwert, daß das Appellationsgericht über denselben nicht erkannt habe und auf eine Entscheidung des Oberappellationsgerichtes über die Materialien der Sache an-

trägt. Dabei versteht es sich übrigens von selbst, daß, falls der Appellant wegen des gedachten Postens eine neue Klage mittelst einer besseren factischen Begründung desselben anzustellen gemeint sein sollte, ihm dies zwar freistehen, er aber solche alsdann bei dem competenten Civilgerichte anzubringen haben würde, da eine neue Adhäsion nach Beendigung des Criminalverfahrens nicht mehr stattfinden kann.

CXLVI.

In Untersuchungssachen der Marie Louise Stengel, Inculpatin.

Wegen Diebstahl eines Koffers wurde Marie Louise Stengel in eine Gefängnißstrafe verurtheilt. Durch den Eid der Bestohlenen war der Inhalt des Koffers festgestellt worden, während die Inculpatin behauptete, daß nur die von ihr zurückgegebenen Effecten in dem Koffer gewesen seien. In dem Urtheile des Appellationsgerichts vom 31. März 1845 wurde die Stengel zugleich zum Ersatze der fehlenden Effecten verurtheilt. Gegen diesen letzteren Theil des Urtheils wandte Inculpatin das Rechtsmittel der weiteren Vertheidigung ein. Das Oberappellationsgericht erkannte am 19. Mai 1845, daß das ergriffene Rechtsmittel der weiteren Vertheidigung als unzulässig zurückzuweisen, auch die Inculpatin schuldig sei, die Kosten dieses Verfahrens zu erstatten.

357. Schadensersatz in einem Criminalurtheil ausgesprochen. Das Criminalerkenntniß ist in Betreff dieses Punctes als Erkenntniß in einer Civilsache aufzufassen.

Das von der Inculpatin ergriffene Rechtsmittel der weiteren Vertheidigung mußte als unzulässig zurückgewiesen und daher auch die Inculpatin in die Kosten dieses Verfahrens verurtheilt werden.

Sie beschwert sich nämlich weder über die erkannte Gefängnißstrafe, noch über ihre Verurtheilung in die Untersuchungskosten, noch über das Verbot der Rückkehr nach Frankfurt, sondern lediglich darüber, daß sie schuldig erkannt worden ist, der Dienstmagd Martin den in dem Urtheile des Appellationsgerichts näher angegebenen Schadensersatz zu leisten. — Diese Beschwerde nun aber konnte sie nicht durch das Rechtsmittel der weiteren Vertheidigung aus dem § 37 der Gerichtsordnung für das Oberappellationsgericht, sondern nur durch die in Civilsachen stattfindenden Rechtsmittel, mithin durch eine Appellation aus § 34 verfolgen. Denn daß in dem Falle, wenn in einem Criminalurtheile zugleich mit über den Schadensersatz erkannt ist,

1. die gewöhnlichen für Civilsachen gegebenen Rechtsmittel zulässig sind, ist hinsichtlich des Civiladhärenten ein ausgemachter Grundsatz;

Martin Civilproceß § 253 und die in der Note G. citirten Schriftsteller
Linde Civilproceß § 364
Mittermaier deutsches Strafverfahren § 213
Müller Criminalproceß § 249

nach welchem denn auch das Oberappellationsgericht, namentlich in Frankfurter Sachen

c. Umpfenbach 1837
Diehl Erben c. Umpfenbach 1838
Welter u. Conf. c. Ullmann u. Conf. 1843
Reinach c. Wissenbach 1845 (cf. oben Nr. 351)

schon mehrfach erkannt und dabei insbesondere die Zulässigkeit einer Appellation an das Oberappellationsgericht gegen derartige Erkenntnisse, welche vom Frankfurter Appellationsgerichte in erster Instanz abgegeben worden, ausgeführt hat. Gilt aber dieser Grundsatz bei dem Civiladhärenten, so muß derselbe bei dem Inculpaten, welcher sich nur über seine Verurtheilung zum Schadensersatze beschwert, in gleichem Maße eintreten, da jenes Princip nur auf der objectiven rechtlichen Natur des Erkenntnisses über den Schadensersatz beruhet, welches immer, wenn

es gleich wegen der Connexität dem Criminalrichter mitübertragen ist, eine reine Civilsache bleibt.

Peinl. Ger.-Ordn. Art. 201 am Ende.

Kleinschrod Abhandl. aus dem peinl. Rechte Th. 3 Nr. 16 § 2 pag. 464 § 26 pag. 508.

Martin Civilproceß § 253 not. a.

Eben daher kann es denn auch keinen Unterschied machen, daß hier die Dienstmagd Martin nicht förmlich als Civiladhärentin aufgetreten ist — was sie übrigens der Sache nach doch war —, sondern das Appellationsgericht nach § 31 der Instruction des jüngeren Bürgermeisteramts vom 22. Juli 1817 und Art. 13 der Verordn. über das Polizeiwesen vom 29. December 1835 ohne einen ausdrücklichen Antrag derselben über die Privatsatisfaction erkannt hat.

2. Daß aber das Rechtsmittel der weiteren Vertheidigung in dem gedachten Falle nicht zulässig ist, folgt

a. aus der Bestimmung im § 188 der Gerichtsordnung für das Oberappellationsgericht, daß bei diesem Rechtsmittel kein Verfahren beim Oberappellationsgerichte stattfindet, während doch nach der Natur der Sache und nach der ausdrücklichen Vorschrift des

§ 134 der Ger.-Ordn.

ein reformatorisches Erkenntniß über den einem Dritten zugesprochenen Schadensersatz gar nicht ohne eine vorgängige contradictorische Verhandlung mit dem Gegner stattfinden kann. Ferner

b. ist das fragliche Rechtsmittel nach § 37 der Gerichtsordnung und der Ueberschrift des Abschnittes nur gegen Erkenntnisse gestattet, welche in Criminalsachen abgegeben sind, nun aber ist ein Criminalerkenntniß, welches zugleich eine Verurtheilung zum Schadensersatze enthält, insoweit ein Erkenntniß in einer Civilsache, da sich dieser Begriff lediglich nach der Beschaffenheit und rechtlichen Natur des Gegenstandes bestimmt, worüber erkannt wird, hiernach aber — wie oben ausgeführt worden — der Schadensersatz eine reine Civilsache ist. Der Umstand, daß hier das erkennende Gericht an sich die Eigenschaft eines Criminalgerichts und daher regelmäßig bloß in Criminalsachen zu erkennen

hat, und daß ihm das Erkenntniß in erster Instanz über Civilansprüche nur ausnahmsweise zusteht, macht dabei durchaus keinen Unterschied. Endlich

c. würde man, wenn man das Rechtsmittel der weiteren Vertheidigung dem Inculpaten, der sich bloß über seine Verurtheilung zum Schadensersatze beschwert, gestatten wollte, dasselbe auch dem Civiladhärenten geben müssen, bei welchem doch die Bezeichnung „weitere Vertheidigung" ganz unpassend wäre; was wieder zeigt, daß bei diesem Rechtsmittel an ein Erkenntniß des Criminalrichters über Civilansprüche überall nicht gedacht ist.

Die Frage, inwiefern einem Inculpaten, der sich im Wege der weiteren Vertheidigung über die erkannte öffentliche Strafe beschwert, ausnahmsweise und wegen der Connexität zu gestatten sei, auch eine Beschwerde über den erkannten Schadensersatz als Nebenpunct mit durch dasselbe Rechtsmittel zu verfolgen, kommt hier nicht in Betracht, da ein solcher Fall jetzt nicht vorliegt.

CXLVII.

Die Stadtkämmerei der freien Stadt Frankfurt, Klägerin u. Widerbeklagte

contra

Friedrich Wiemer zu Bonames, Beklagten u. Widerkläger.

Die Stadtkämmerei klagte gegen Friedrich Wiemer den für das Jahr 1838 schuldigen Canon einer Erbleihmühle aus. Der Beklagte gesteht zu, den Canon für das Jahr 1838 nicht entrichtet zu haben, macht aber eine Gegenforderung compensando und reconveniendo geltend. In dem Erbleihbriefe nämlich sei ihm, dem Beklagten, gestattet worden, von jedem Malter Korn eine Naturalabgabe unter dem Namen „Pfundenkorn" zu beziehen. Durch das Gesetz vom 15. Mai 1838 sei verboten worden, den Mahlgästen dafür in Zukunft etwas in

Abzug zu bringen. Dasselbe Gesetz habe den Unterschied der Accise-abgabe zwischen Mehl von auswärtigen und Frankfurter Territorialmühlen aufgehoben und dadurch die Accise um 11 kr. per Malter erhöht. Die Stadtkämmerei, als Verwalterin des der städt'schen Commüne zustehenden Vermögens, habe für Beides Eviction zu leisten.

Unter Verwerfung der Einrede der Compensation und der Widerklage wurde Beklagter vom

Stadtgerichte am 21. August 1840,

Appellationsgerichte am 17. März 1841

zur Zahlung des Canons verurtheilt, während unter Compensation der Hälfte der Kosten zweiter und dritter Instanz und Verurtheilung des Beklagten in die andere Hälfte das Oberappellationsgericht am 24. December 1845 dahin erkannte, daß

1. die Gegenforderung des Beklagten wegen der Aufhebung des Pfundenmehls, insoweit dieselbe gegen die Klägerin in deren Eigenschaft als Erbverpächterin gerichtet worden, und dessen Gegenforderung wegen der Erhöhung der Mehlaccise als ungegründet abzuweisen seien,

2. in Betreff der Gegenforderung wegen der Aufhebung des Pfundenmehls, insoweit solche gegen die Staatsgewalt auf Entschädigung wegen Ausübung des jus eminens gerichtet ist, der Einwand der auf Seiten der Klägerin mangelnden Passivlegitimation zu verwerfen sei und der Beklagte — — zu erweisen habe, „daß in den ihm in seinen Erbbestandscontracten unter dem Namen Molter zugebilligten 15 Pfd. harter Frucht von jedem vermahlenen Malter nur 13 Pfd. als wirklicher Molter enthalten gewesen seien, die übrigen 2 Pfd. hingegen aus dem von den Mahlgästen zu entrichtenden Pfundenmehl bestanden hätten", worauf demnächst vom Stadtgerichte wegen dieser Gegenforderung, sowie wegen der Kosten erster Instanz und der in der Vorklage mit eingeklagten Schäden, weiter was Rechtens, zu erkennen sei;

3. der Beklagte jedoch schuldig sei, den Canon von — Malter Korn für das Jahr 1838 sofort binnen 4 Wochen an die Klägerin zu entrichten.

358. Aufhebung einer Abgabe durch die gesetzgebende Gewalt des Staates. Schadensanspruch des Erbpächters hieraus geltend gemacht.

Appellant hat die erste seiner beiden Gegenforderungen (wegen Aufhebung des Pfundenmehls) auf ein zwiefaches Fundament gegründet, indem er sie gerichtet hat theils gegen die Appellatin in ihrer Eigenschaft als Erbverpächterin, weil dieselbe dadurch, daß sie ihm das Pfundenmehl, welches die Gegenleistung für den Canon sei, nicht mehr prästire, die ihr nach dem Erbpachtcontracte obliegende Verbindlichkeit nicht erfülle, theils gegen die Staatsgewalt und gegen die Appellatin als Vertreterin derselben, weil Erstere dadurch, daß sie im Gesetze vom 15. Mai 1838 das Pfundenmehl aufgehoben, dem Appellanten durch Ausübung des **jus eminens** ein ihm zustehendes Privatrecht entzogen habe, mithin zur Entschädigung verpflichtet sei. Soviel nun aber

A. das gedachte erste Fundament betrifft, so ist die fragliche Gegenforderung in diesem Maße mit Recht in beiden vorigen Instanzen als ungegründet verworfen worden. Denn aus dem contractlichen Verhältnisse der Appellatin als Erbverpächterin kann der Appellant gegen dieselbe wegen des Verlustes des Pfundenmehls, welcher hierbei nur als Factum einer dritten Person — der gesetzgebenden Staatsgewalt — in Betracht kommt, keinerlei Anspruch machen:

1. schon nach Vorschrift der Gesetze, nämlich nach der bereits vom Stadtgerichte angeführten

L. 11 pr. D. de eviction. (21, 2)

wonach ein solcher Act der Staatsgewalt kein Evictionsfall ist, verbunden mit

L. 1 C. de jure emphyteut. (4, 66)

wonach der casuelle Untergang der Sache, wenn dieser nur einen Theil derselben betrifft, vom Erbpächter getragen werden muß. Der Einwand des Appellanten gegen die Anwendung der letztgedachten Bestimmung, daß in dem jetzt vorliegenden Falle der Canon keine bloße Recognition, sondern ein Aequivalent für den Ertrag der Mühlen sei, ist unerheblich, da sich dies bei der Römischen Emphyteusis gerade ebenso verhielt und der in der **L. 1 C. cit.** gemachte Unterschied zwischen dem gänzlichen und theilweisen

Untergange der Sache nur auf der Ansicht beruht, daß der emphyteutische Contract ein Rechtsgeschäft sei, welches zwischen Pacht und Verkauf in der Mitte stehe. Die außerdem noch vorkommende beiläufige Aeußerung des Appellanten aber, es stehe dahin, ob nicht die Appellatin selbst in ihrem Interesse zu der Erlassung des Gesetzes vom 15. Mai 1838 mitgewirkt habe, ist gar nicht zu beachten, da dies keine positive Behauptung, auch ein solches Interesse nicht abzusehen ist, und jenes Vorbringen der eigenen Darstellung des Appellanten widerspricht, daß die Aufhebung des Pfundenmehls eine nothwendige Folge des art. 9 des Vertrags vom 2. Januar 1836 über den Beitritt der freien Stadt Frankfurt zum Zollverein gewesen sei.

2. Ferner steht dem Appellanten hier entscheidend entgegen die specielle Clausel in den Erbleihbriefen über die beiden Mühlen zu Bonames, daß wegen einer Verringerung des Werthes oder Verminderung der Benutzung aus keinem Grunde, welchen Namen er auch habe, ein Nachlaß am Canon verlangt werden könne, und also noch weniger eine Entschädigung wegen nicht erfüllten Contracts. — — —

B. Anlangend sodann das zweite Fundament, so hat das Stadtgericht im decisiven Theile seines Erkenntnisses die Einrede der Compensation und die Widerklage verworfen, in den Entscheidungsgründen jedoch sich über dieses zweite Fundament, ohne auf dessen Materialien einzugehen, nur dahin geäußert, der Appellant sei mit demselben deßhalb abzuweisen, weil dafür die Appellatin nicht die rechte Gegnerin sei; das Appellationsgericht aber hat, indem es jenes decisum bestätigte, in den Entscheidungsgründen den Anspruch des Appellanten in diesem Maße für materiell unbegründet erklärt, weil es nach den Acten schon klar sei, daß der Appellant kein Recht auf ein von den Mahlgästen zu entrichtendes Pfundenmehl gehabt habe. Es kann jedoch

1. der in erster Instanz für die Abweisung dieser Gegenforderung geltend gemachte Grund nicht für zutreffend erachtet werden, weil die Appellatin selbst in den damaligen Verhandlungen anerkannt hat, daß sie allerdings die rechte Gegnerin für dieselbe sei. — — —

Hiergegen hat nun zwar die Letztere in zweiter Instanz — wiewohl ohne eigentlich jene Ansicht des Stadtgerichts als materiell richtig zu vertheidigen — eingewandt, die Einrede der fehlenden Passivlegitimation könne vom Richter auch von Amtswegen supplirt werden. Allein theils kann dieser Satz überhaupt nur in dem Falle für richtig erachtet werden, wenn eine weitere Verhandlung der Sache mit dem jetzigen Gegner und eine gegen diesen ergehende Entscheidung keinen rechtlichen Effect haben würde, nicht aber dann, wenn eine Prästation in Frage steht, welcher sich auch ein an sich unrechter Gegner unterwerfen kann, wohin jede Geldforderung gehört, indem hier die Grundsätze von dem liti se offerre eintreten; theils könnte der gedachte Satz, wenn man ihm auch eine größere Ausdehnung geben wollte, doch jedenfalls unter den concreten Umständen nicht zur Anwendung kommen, wo es keine gesetzliche Bestimmung darüber gibt, welche Behörde in Frankfurt die rechte Gegnerin für einen solchen Entschädigungsanspruch sei und wo sich nun eine dortige Staatsbehörde, die ihre Ressortverhältnisse am besten kennen muß, für diese rechte Gegnerin erklärt hat. Auch haben weder das Stadtgericht bei der Abweisung des fraglichen Anspruchs, noch die Appellatin, nachdem der Appellant in der vorigen Instanz die Frage gestellt hatte, welche Behörde er denn in Beziehung auf diesen Gegenstand belangen solle, eine solche andere Behörde namhaft gemacht.

Da diese Anerkennung sowohl für die Einrede der Compensation, als für die Widerklage entscheidend ist, so kann die Frage dahingestellt bleiben, ob nicht die Erstere schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen und ungeachtet der Bestimmung in

L. 1 C. de compensat. (4, 31)

gegen die Appellatin, als fiscalische Behörde, geltend gemacht werden könne."

2. Als sehr zweifelhaft erscheint es freilich, ob nicht — wie das Appellationsgericht angenommen hat, eine Verwerfung dieser Gegenforderung deßhalb erfolgen müsse, weil ihr völliger Ungrund schon klar vorliege. Die Behauptung des Appellanten hinsichtlich seines Rechtes auf die Beziehung eines Pfundenmehls

besteht nämlich — — nicht darin, daß auf seinen Mühlen die Mahlgäste außer dem Molter von 15 Pfd. per Malter noch ein besonderes Pfundenmehl zu entrichten gehabt und entrichtet hätten, sondern darin, daß in jenem Molter von 15 Pfd. 2 Pfd. Pfundenmehl enthalten gewesen seien, also diese 15 Pfd. aus einem wirklichen Molter von nur 13 Pfd. und einer Abgabe von 2 Pfd. Pfundenmehl bestanden hätten, und er daher jetzt, nach der Aufhebung des Pfundenmehls, nur noch 13 Pfd. Molter nehmen dürfe; und zwar behauptet er dies nicht als eine besondere Einrichtung auf seinen Mühlen, sondern als etwas, was sich auf allen Frankfurter Mühlen und nur folgeweise daher auch auf den seinigen, so verhalten habe. Dies ist nun aber nach Allem, was in den Acten vorliegt, im höchsten Grade unwahrscheinlich, wenn man erwägt,

a. daß an sich der Molter — der Lohn, welchen der Müller für seine Person für das Mahlen empfängt — und das Pfundenmehl — eine an die Stadt zu entrichtende Abgabe — ganz verschiedenartige Dinge sind;

b. daß sich in keinem von den vielen zu den Acten gebrachten oder darin extrahirten Zeit- und Erbpacht-Contracten über Frankfurter Mühlen eine Spur von jenem vom Appellanten behaupteten Verhältnisse findet, vielmehr

c — f. (ganz bestimmt die Molter von 15 Pfd. und das Pfundenmehl oder Pfundenkorn als zwei verschiedene, von den Mahlgästen neben einander zu entrichtende Prästationen erscheinen).

Indessen mußte es doch nach der formellen processualischen Lage der Sache, indem der Appellant bei seiner gedachten Behauptung noch in der jetzigen Instanz mit großer Bestimmtheit beharrt und ein eigentliches Beweisverfahren bis jetzt nicht stattgefunden hat, für bedenklich erachtet werden, aus jenem Grunde gleich definitiv gegen den Appellanten zu erkennen; wobei auch noch in Betracht kommt, daß es doch immer auffallend bleibt, daß, wie die Appellatin nicht zu läugnen vermag, der Appellant um das Jahr 1813 von der Behörde wirklich eine Entschädigung für verlorenes Pfundenmehl erhalten hat und ihm im Jahre 1836 durch den Amtskeller Stein in Betreff der kleineren Mühle zu

Bonames eine ähnliche Proposition gemacht worden ist. Vielmehr war es unvermeidlich, den Appellanten, wenn er sich damit durchzukommen getraut, zu einer deßfallsigen Beweisführung zuzulassen; wobei es jedoch bei der großen Unwahrscheinlichkeit des Erbringens dieses Beweises angemessen erschien, die eventuelle Liquidation des Betrages des Schadens für die Vergangenheit für jetzt noch auszusetzen.

3. Die rechtliche Verbindlichkeit des Staats, den Appellanten in dem Falle, wenn er wirklich ein Recht auf die Beziehung von Pfundenmehl gehabt hätte, für dessen durch das mehrgedachte Gesetz geschehene Aufhebung zu entschädigen, wird von der Appellatin nicht bestritten und sie hat selbst angeführt, daß durch einen Senatsbeschluß vom 21. Januar 1836 verfügt sei, mit denjenigen Müllern, welchen ein solches Recht zustehe, ein Abkommen zu treffen, und daß in Folge hiervon diese Müller wirklich eine Vergütung für das verlorene Pfundenmehl erhalten hätten. Auch folgt jene Verbindlichkeit sowohl aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, als aus der Analogie des

§ 1 des Expropriationsges. vom 10. Juni 1837

und ist implicite ebenfalls anerkannt im

art. 21 des Zollvertrags vom 2. Januar 1836.

359. Compensation illiquider Gegenforderungen liquiden Ansprüchen gegenüber.

(cf. Bd. III. Nr. 207.)

Ungeachtet der Nachlassung des obigen Beweises war der Appellant sofort in conventione zur Bezahlung des eingeklagten Canons für das Jahr 1838 zu verurtheilen, da die Appellatin bei der Liquidität dieser ihrer Forderung und der völligen Illiquidität der compensando geltend gemachten Gegenforderung des Appellanten mit Recht auf Verweisung der Letzteren zum Separatverfahren angetragen hat.

L. 14 § 1 C. de compensat. (4, 31)

Der Einwand des Appellanten, daß hier die Forderung und die Gegenforderung connex seien, ist unerheblich. Denn theils hat auch in diesem Falle der Richter die Befugniß, nach Ermessen

illiquide Gegenforderungen ad separatum zu verweisen, wozu hier in dem schlechten Anscheine des Vorgebens des Appellanten ein genügender Grund lag, theils ist aber auch eine wahre Connexität nicht vorhanden, da die Fundamente der Forderung und der Gegenforderung — — verschieden sind, indem das Fundament der Ersteren das contractliche Verhältniß der Erbpacht, das der Letzteren hingegen die Verbindlichkeit der Staatsgewalt ist, für die Entziehung von Privatrechten durch Ausübung des jus eminens Entschädigung zu leisten.

360. Schadensersatz begründet auf Steuererhöhung.

Die Gegenforderung wegen der Erhöhung der Accise hat der Appellant lediglich gegen die höchste Staatsgewalt gerichtet und auf die Erlassung des Gesetzes vom 15. Mai 1838 gegründet, ohne daß hier das contractliche Verhältniß, der Erbpacht, in Frage kommt.

Die Lage der Sache hinsichtlich der vorigen Erkenntnisse ist bei diesem Puncte ganz dieselbe, wie bei dem vorhergehenden: das Stadtgericht hat im decisiven Theile des Urtheils die Einrede der Compensation und die Widerklage unbedingt verworfen, dies aber in den Entscheidungsgründen nur dadurch motivirt, daß jene Gegenforderung wegen der mangelnden Passivlegitimation der Appellatin abzuweisen sei, das Appellationsgericht hingegen hat bei Bestätigung des gedachten decisi in seinen Entscheidungsgründen den Anspruch für materiell verwerflich erklärt.

Hier war nun das Erkenntniß des Appellationsgerichts lediglich zu bestätigen. Denn von einem Anspruche des Appellanten auf Entschädigung wegen der Erhöhung der Accise könnte nur dann die Rede sein, wenn er für seine Mühlen ein Steuerprivilegium gehabt hätte, und dies hat er auch wirklich in der Replik erster Instanz gesagt; nun aber besteht dieses sogenannte Steuerprivilegium nach seiner eigenen Darstellung gar nicht in einem ihm oder seinen Mühlen durch einen speciellen Titel verliehenen Rechte, sondern lediglich in dem allgemeinen Steuergesetze, nämlich in den Ansätzen des Accisetarifs vom 16. März 1820, wonach von dem auf inländischen Mühlen gemahlenen

Mehl 11 kr. weniger Accise per Malter zu bezahlen waren, als von dem ausländischen, und es ist von selbst klar, daß eine bloße Aenderung der Ansätze in einem allgemeinen Steuergesetze Denen, die nun mehr zu bezahlen haben, kein Recht auf Entschädigung geben kann.

CXLVIII.

Michael Fritz zu Haarheim, Kläger
contra
Heinrich Rauh zu Hanau, Beklagten.

Das Oberappellationsgericht ertheilte am 27. Dec. 1845 Restitution wegen der von dem Anwalte verschuldeten Fristversäumniß unter Ansetzung einer Geldstrafe für den Anwalt.

CIL.

Der Contradictor der Debitmasse von Georg Friedrich Hornschuh dahier, Kläger
contra
Dr. J. A. N. Weidenbusch dahier, Beklagten.

Der Kläger hatte zu beweisen, daß die geschehene Uebertragung und Ueberlassung des fraglichen Ueberbesserungs-Insatzes an den Beklagten nur eine simulirte gewesen sei. Auf geführte Beweisverhandlungen wurde der Kläger zum Ergänzungseide zugelassen vom

Stadtgerichte am 5. Juli 1843,
Appellationsgerichte am 6. September 1843,
Oberappellationsgerichte am 31. December 1845.

361. Beweis der Simulation. Richterliches Ermessen in Betreff des dolus.

Hier, wo es sich von dem Beweise einer Simulation handelt, wodurch das Gesetz vom 5. Januar 1741 (Beyerbach Th. 4 p. 653), welches Ausländer für unfähig erklärt, Insätze zu erwerben, hat umgangen werden sollen, ist es eben, weil dieser Beweis auf einen wahren dolus hinausgeht, um so mehr zulässig, nicht sowohl auf den directen Beweis einzelner Puncte zu sehen, sondern das richterliche Ermessen darüber bestimmen zu lassen, ob nach dem Zusammenhange aller Umstände ein solcher dolus anzunehmen sei.

L. 6 C. de dolo malo (2, 21)

362. Reinigungseid.

Liegt nach dem Bisherigen die Sache so, daß der Hergang, den die Cessionsurkunde ausspricht, ausgemacht unwahr ist, die Angaben des Klägers dagegen alle Wahrscheinlichkeit für sich haben und mit allen übrigen aus den Acten sich ergebenden Umständen in Uebereinstimmung stehen, während danach die Darstellung des Beklagten offenbare Unwahrheiten enthält, so konnte man nicht füglich Anstand nehmen, der Angabe des Klägers Vertrauen zu schenken und denselben mit den vorigen Richtern zu einem Ergänzungseide zuzulassen.

Mit Unrecht beruft sich der Beklagte auch auf die Vorschrift der

Reform. I. tit. 39 § 8,

da nur dann, wenn jeder Theil „ansehnliche und starke Vermuthungen" für sich hat, was rücksichtlich des Beklagten keineswegs der Fall ist, der Richter in jener Gesetzesstelle angewiesen wird, vorzugsweise dem Theile das juramentum suppletorium aufzulegen, welcher von der Sache die beste Wissenschaft hat, auch dem Beklagten dort nur in ganz zweifelhaften Sachen, wozu die vorliegende ebenso wenig gerechnet werden kann, der Vorzug gegeben wird. Es war hier vielmehr § 7 des angeführten Titels der Reformation in Anwendung zu bringen.

CL.

Catharina Maria Helfrich dahier, Klägerin

contra

Johann Joseph Edel dahier, Beklagten.

Das Oberappellationsgericht erließ am 31. December 1845 ein Desertionserkenntniß, weil der Beklagte die gegen das Erkenntniß des Appellationsgerichts vom 24. October 1845 ergriffene Oberappellation nach Ablauf der Nothfrist eingeführt hatte.

CLI.

Cornelia Catharina Hundt, geb. Müller, vorher verehelicht gewesene Schwarzbauer dahier, Klägerin

contra

ihren Ehemann den Großherzogl. Hessischen Hofcommissär Joh. Caspar Christoph Wilhelm Hundt dahier, Beklagten.

In dem Duplicate der klägerischen Beweisantretung waren Schreibfehler, namentlich fehlten bei zwei Zeugen das Directorium zu den Beweisartikeln. Dieses Duplicat wurde dem Beklagten am 18. Mai 1844 insinuirt. Beklagter ließ dieses Versehen, obgleich er es bemerkte, mit Stillschweigen hingehen, gab Fragestücke bei, stellte das Gesuch um Verwerfung einiger Zeugen und als ihm dieses nicht stattgegeben wurde, appellirte er durch alle Instanzen. Als die Acten wiederum in die erste Instanz gelangt waren, bat Beklagter wegen jener Unordnung in dem Duplicate um Sistirung der Zeugenvernehmung. Das Stadtgericht ließ am 13. August 1845 das Duplicat nach dem Original durch die

Canzlei berichtigen und schlug den Antrag des Beklagten ab. Auf Appellation desselben wurde dieser Bescheid bestätigt vom

Appellationsgerichte am 19. September 1845

Oberappellationsgerichte am 31. December 1845.

Das letztere Gericht nahm den Anwalt des Beklagten wegen Mißbrauchs des Rechtsmittels in eine Geldstrafe.

363. Pflicht der Parthei, jede Nachlässigkeit in der Proceßführung zu vermeiden.

Durch diesen, augenscheinlich den Verschleif der Sache bezweckenden dolus hat der Beklagte sich des Rechts verlustig gemacht, noch jetzt mit Nachträgen gehört zu werden, indem es ganz in der Natur der Sache liegt, daß die Partheien dasjenige, was sie nach dem Gange des Processes vor einer vom Richter bereits decretirten Maßregel noch zu verhandeln haben und auch zu verhandeln im Stande sind, sofort vorbringen müssen, und wenn sie diesen Zeitpunct versäumen, nachher damit nicht weiter gehört werden dürfen. Es findet hier namentlich die Regel der

L. 16 D. ex quibus caus. maj. (4, 6)

analoge Anwendung: non negligentibus subvenitur, sed necessitate rerum impeditis. Denn wenn es bei processualischen Versäumnisse überhaupt Grundsatz ist, nur da zu Hülfe zu kommen, wo ein wirkliches Hinderniß der Vornahme einer Handlung im Wege stand und schon die bloße Nachlässigkeit die Hülfe ausschließt, so muß das um so mehr da stattfinden, wo die Handlung sogar in der geflissentlichen und dolosen Absicht des Sachverschleifs unterlassen worden ist.

A.

Systematisches Register.

I. Civilrecht.

Hauptstück I.

Allgemeine Lehren.

A. Rechtsquellen, deren Gültigkeit, Auslegung und Anwendung.

B. Allgemeine Grundsätze von den Rechten und deren Verfolgung.

C. Von den Sachen.

D. Von den Handlungen.

Hauptstück II.

Dingliche Rechte und deutsche Realgerechtsame.

1. Eigenthum. a) Condomini. Potior est conditio prohibentis. Falls die Miteigenthümer sich nicht einigen, hat der Richter nach Ermessen und Zweckmäßigkeit Verfügung zu treffen Nr. 13. — b) Klage des Miteigenthümers auf Theilung Nr. 319. — c) Die Wichgesetze der Reformation gehen nicht auf öffentliche Wege Nr. 151.

2. Dienstbarkeiten. a) Servitus viae necessariae Nr. 149. — b) Erwerbung einer Wegegerechtigkeit durch unvordenkliche Verjährung Nr. 150. — c) Servitutes urbanae bei praediis rusticis und umgekehrt. Erlöschung durch Verjährung Nr. 106. — d) Verhältniß der Servituten-Erlöschung durch non usus oder usucapio libertatis Nr. 105. — e) Erlöschung der Servitut durch Nichtausübung. Ist bona fides erforderlich? Nr. 107.

3. Pfandrecht. a) Die Cession eines in die Hypothekenbücher eingetragenen Restkaufschillings braucht nicht in die letzteren eingetragen zu werden, um den Cessionar zur Anstellung der summarischen Restkaufschillingsklage zu berechtigen Nr. 121. — b) Abfindung des Insatzgläubigers durch die Concursmasse Nr. 185.

Hauptstück III.

Das Recht der Obligationen.

Erste Abtheilung. Das Allgemeine.

A. Vom Gegenstande der Obligationen.

1. Zinsen. a) Verbot der usurae ultra alterum tantum Nr. 102 — b) Handwerksarbeiten als Kauf und als locatio conductio operis behandelt. Zinsen ex mora Nr. 171. (cf. unter Civilproceß sub E. 3).

2. Schadensersatz. a) Der zum Schadensersatze verurtheilte malae fidei possessor muß die Reisekosten erstatten, die der Eigenthümer aufgewendet hat, um gegen den Dieb an einem dritten Orte ein Officialverfahren einleiten zu lassen Nr. 19. — b) Schadensersatz. Casueller Schaden Nr. 21. — c) Schadensersatz. Entgangener Gewinn in Gegenrechnung mit ersparten impensae necessariae Nr. 22. — d) Entschädigung. Zeitpunct der aestimatio, wenn ein dies certus solutionis fehlt Nr. 179. — e) Beweislast bei Schadensforderungen. Zeitpunct der aestimatio bei actiones stricti juris Nr. 48. — f) Widerrechtlicher Verkauf der Waare. Prästation des Schadens Nr. 295. — g) Schadensersatz. Actio ad exhibendum. Actio furti in duplum Nr. 353. — h) Schadensersatz. Zur factischen Begründung

der Ansprüche gehört mala fides, nicht dolus Nr. 354. — i) Schadensersatz begründet auf Steuererhöhung Nr. 360. — k) Schadensforderung ex mandato vermittelst einer Compensationseinrede Nr. 225. — l) Schadensersatz wegen angeblicher Compensation Nr. 340. — m) Schadensersatz. Beweisinterlocut Nr. 147. — n) Pluspetitio bei Liquidation eines Schadens Nr. 177. — o) Proceßzinsen bei Entschädigungsforderungen Nr. 128. — p) Schadensersatz. Geldwerth. Verzugszinsen bei Civiladhäsionen Nr. 355. — q) Schadensersatz in einem Criminalurtheile ausgesprochen. Das Criminalerkenntniß ist in Betreff dieses Punctes als Erkenntniß in einer Civilsache aufzufassen Nr. 357. (cf. unten „Zeit der Erfüllung" B. Nr. 3).

B. Von Erfüllung der Obligationen.

1. Zahlung. a) Geldzahlungen. Veränderungen des Münzfußes Nr. 51. — b) Münzveränderung. Verzicht und Verjährung. Rentenkauf. Einfluß der Verringerung der Rente auf das rückzuzahlende Capital Nr. 52.

2. Gegenstand der Erfüllung. Passiva sind bei dem Kaufe eines Geschäftes unter dem Ausdrucke „Vermögen" oder „Geschäft" nicht mitbegriffen Nr. 8.

3. Zeit der Erfüllung. a) Nichtlieferung einer verkauften Waare. Dies interpellat pro homine Nr. 155. — b) Klage auf Ersatz des Interesses beim Verzuge des Verkäufers Nr. 178. — c) Entschädigung. Zeitpunct der aestimatio, wenn ein dies certus solutionis fehlt Nr. 179. — d) Dies interpellat pro homine bei einem Wechsel. Jede mora erfordert ein Verschulden des debitors Nr. 226.

C. Von Entstehung der Obligation.

1. Von den paciscirenden Personen. a) Contrahirung im Namen und für Rechnung eines Dritten Nr. 142. — b) Wirksamkeit der Verträge zum Besten eines Erben Nr. 198. — c) Wirksamkeit der Verträge zum Besten eines Dritten Nr. 199.

2. Verbot der Veräußerung litigiöser Gegenstände. a) Cession litigiöser Forderungen Nr. 255. — b) Cession litigiöser Forderungen. Begriff der Litigiosität Nr. 301. — c) Cession einer Forderung, die durch eine Einrede der Compensation zum Gegenstande eines Processes gemacht wurde Nr. 254. — d) Das Verbot, ut lite pendente nihil innovetur, beginnt mit der Insinuation der Klage Nr. 256.

3. Vom Willensacte bei Verträgen. a) Auslegung des Vertrags gegen denjenigen, welcher hätte deutlicher reden sollen Nr. 11. — b) Regel, gegen den zu interpretiren, qui clarius loqui debuisset Nr. 36. — c) Differenzen unter den Contrahenten. Beilegung auf der einen Seite, Stillschweigen darüber auf der andern Seite Nr. 31. — d) Stillschweigen als Genehmigung unter Kaufleuten Nr. 47. — e) Kauf. Versprechen der Zahlung ohne Angabe etwaiger Mängel der Waare Nr. 133. — f) Rechtzeitigkeit von Reclamationen unter Nichtkaufleuten Nr. 285. — g) Einfache Anerkenntniß einer Forderung involvirt nicht einen Verzicht auf abgesonderte Gegenforderungen Nr. 71. — Ersatz „gewöhnlicher Reisekosten" Nr. 117.

4) Gewähr der physischen Mängel und angerühmten Eigenschaften. a) Klage aus einem bestimmt gegebenem dictum promissumve Nr. 119. — b) Exceptio doli gegründet auf allgemeine Redensarten anpreisender Empfehlung Nr. 118. — c) Exceptio non adimpleti contractus. Nähere Circumstantiirung derselben. Aus einem dictum et promissum kann auch eine redhibitorische Klage angestellt werden Nr. 9.

5. Rescission wegen Verletzung über die Hälfte. Anfechtung eines in öffentlicher Zwangsversteigerung vorgenommenen Verkaufs wegen laesio enormis Nr. 337.

D. Von der Erlöschung der Obligation.

1. Durch Erfüllung. a) Abrechnung von Zahlungen auf die ältere und fällige Schuld Nr. 134. — b) Theilweise Bezahlung. Abschreibung auf der Urkunde Nr. 304.

2. Durch Compensation. a) Compensation illiquider Gegenforderungen liquiden Ansprüchen gegenüber Nr. 359. — b) Liquide Klage. Illiquide Compensationseinrede Nr. 169. — c) Compensation mit einem Klaganspruch auf eine Handlung Nr. 170. — d) Compensation einer anderweit eingeklagten Forderung begründet keinen dolus Nr. 302.

3. Andere Erlöschungsarten. Vertragsaufhebung durch vertragswidriges Thun Nr. 32.

E. Von der Cession der Forderungen.

1. Zu welcher Zeit muß die Cession geschehen? Nr. 60. — 2) Muß der Cessionar den Nachweis der Dispositionsfähigkeit seines Cedenten erbringen? Nr. 122. — 3. Unbedingte Cession mit einem geheimen Vorbehalte Nr. 223. — 4. Cession an mehrere nacheinander. Verhältniß des Cedens zu dem debitor cessus Nr. 299. — 5. Cession litigiöser Forderungen Nr. 255. — 6. Cession litigiöser Forderungen. Begriff der Litigiosität Nr. 301. — 7. Cession einer Forderung, die durch eine Einrede der Compensation zum Gegenstande eines Processes gemacht wurde Nr. 254. — 8. Die Cession eines in die Hypothekenbücher eingetragenen Restkaufschillings braucht nicht in die letzteren eingetragen zu werden, um den Cessionar zur Anstellung der summarischen Restkaufschillingsklage zu berechtigen Nr. 121.

Zweite Abtheilung. Einzelne Obligationen.

A. Obligationen aus Verträgen und vertragsähnlichen Verhältnissen.

1. Vom Darlehn. a) Einklagung geraume Zeit nach Ablauf der Kündigungsfrist Nr. 42. — b) Genehmigung des Landverwaltungsamtes bei Contrahirung von Schulden der hiesigen Landgemeinden. Versio in rem. Legitimation zur Ausbringung einer Edictalladung Nr. 61. — c) Die exceptio S. C. Macedoniani steht nach Frankfurtischem Rechte nur einem Haussohne unter väterlicher Gewalt zu Nr. 270.

2. Von der Sequestration. Sequestration einer Geldsumme Nr. 252.

3. Vom Kaufe. a) Kauf. Versprechen der Zahlung ohne Angabe etwaiger Mängel der Waare. Nr. 133. — b) Handwerksarbeiten als Kauf und als conductio operis behandelt. Zinsen ex mora Nr. 171. — c) Nichtlieferung einer verkauften Waare. Dies interpellat pro homine. Meinungsverschiedenheit der Contrahenten hinsichtlich der Modalitäten des Kaufs. Kaufmännische fides Nr. 155. — d) Klage auf Ersatz des Interesses beim Verzuge des Verkäufers Nr. 178. — e) Widerrechtlicher Verkauf der Waare. Prästation des Schadens Nr. 295. — f. Anfechtung eines in öffentlicher Zwangsversteigerung vorgenommenen Verkaufs wegen laesio enormis Nr. 337.

4. Von der Sachenmiethe und Pachtung. a) Miethvertrag. Abschluß eines neuen, während der ältere noch läuft Nr. 291. — b) Miethvertrag. Kündigungsrecht wegen Rückstandes. Annahme einer Abschlagszahlung von Seiten des Vermiethers Nr. 294. — c) Miethvertrag. Kündigung Nr. 331. — d) Miethvertrag. Stillschweigende Prolongation Nr. 332. — e) Miethzinsforderung. Einrede der Litispendenz Nr. 293. — f) Miethvertrag. Einrede des dolus. Replik, die mitbeklagte Ehefrau sei nicht getäuscht Nr. 292.

5. Von der Dienstmiethe und anderen nicht unentgeltlichen Dienstleistungen. a) Dienstpragmatik vom 6. October 1829 und §§. 7—10 der Fallitenordnung von 1708 Nr. 15. — b) Emolumente mit Wissen der Vorgesetzten erhoben Nr. 71. — c) Handwerksarbeiten als Kauf und als conductio operis behandelt. Zinsen ex mora Nr. 171. — d) Aufhebung der Dienstmiethe durch Bruch der Achtung Nr. 109.

6. Von der Führung fremder Geschäfte. Schadensforderung ex mandato mittelst einer Compensationseinrede. Verweisung ad separatum Nr. 225. — Commission und Spedition vergl. Hauptstück VII. Nr. 3 u. 4.

7. Von den Obligationen aus der Rechtsgemeinschaft. a) Haftung der Societät aus einem Vertrage, den die einzelnen socii ohne Gebrauch der eigentlichen Societätsfirma abgeschlossen haben Nr. 12. — b) Haftung von Handlungsgesellschaftern für die vor ihrem Eintritte in die Handlung von dieser eingegangenen Verbindlichkeiten Nr. 43. — c) Minderjährige als socii eines Handlungsgeschäftes. Rechnungsstellung Nr. 75. — d) Minderjährige als socii eines Handlungsgeschäftes. Anlegung von Mündelgeldern Nr. 76. — e) Beweisauflage in Betreff der Inhaberschaft einer Handlung Nr. 163. — f) Uebertragung eines Geschäftes gegen einen Antheil am künftigen Gewinn Nr. 339.

8. Von Verträgen zur Schlichtung zweifelhafter Rechtsverhätnisse. a) Vergleich. Bedingung der schriftlichen Errichtung Nr. 317. — b) Schiedsrichter. Einwendungen gegen die Person derselben Nr. 318.

9. Von den Intercessionen. a) Expromissio in Bezug auf eine Rechnungsschuld Nr. 70. — b) Expromissio. Einreden aus der Person des Hauptschuldners Nr. 67. — c) Intercession. Einrede des anhängigen Rechtsstreites gegen den Hauptschuldner Nr. 143. — d) Constitutum debiti proprii in Betreff eines Saldo's

aus einem Rechnungsverhältnisse durch Ausstellung eines Wechsels vorgenommen Nr. 220. (cf. Hauptstück VII. Nr. 2 kaufmännische Empfehlungen.)

B. Obligationen aus Vergehen und anderen unerlaubten Handlungen.

1. Damnum in caupona, navi vel stabulo datum. Beweisführung bei der actio de recepto Nr. 73.

2. Obligationen aus der Störung und Entreißung des Besitzes. a) Interdictum de itinere. Vollendung der Anlage Nr. 213. — b) Schaden bei dem interdictum de itinere Nr. 216. — c) Interdictum de itinere. Petitorische Einrede in dem possessorium Nr. 218. — d) Schadensersatz. Actio ad exhibendum. Actio furti in duplum Nr. 353.

3. Interdicte zum Schutze des Gebrauchs öffentlicher Sachen. a) Interdictum ne quid in loco publico fiat Nr. 144. — b) Genehmigung eines Baues an einem öffentlichen Orte von Seiten der höchsten Staatsgewalt, ohne daß dieselbe wußte, daß einem Anderen hieraus Nachtheile entspringen Nr. 145. — c) Wegen welcher commoda kann das interdictum ne quid in loco publico fiat gebraucht werden? Nr. 153. — d) Interdictum ne quid in loco publico fiat. Einrede der speciellen Ermächtigung von Seiten der höchsten Staatsbehörde Nr. 154.

4. Von der Entschädigungsforderung aus dem außerehelichen Beischlaf. a) Klagbegründung und Beweissatz in Schwängerungssachen Nr. 157. — b) Erfordern Deflorationsklagen die Behauptung der Verführung? Nr. 159. — c) Bestimmung der Größe der Deflorationsgebühr und der Wochenbettkosten Nr. 335. cf. auch unten Obligationen aus der unehelichen Vaterschaft.

C. Von den vermischten Fällen der Obligationen.

1. Obligationen aus der unehelichen Vaterschaft. a) Ansprüche aus dem außerehelichen Beischlaf. Forum delicti resp. contractae obligationis Nr. 281. — b) Vermuthung aus früheren geschlechtlichen Beiwohnungen für eine später stattgehabte. Nothwendiger Eid in Schwängerungssachen Nr. 156. — c) Begründung der Einrede, die Schwängerungsklägerin sei eine öffentliche Dirne Nr. 159. — d) Ersatz der Beerdigungskosten eines unehelichen Kindes Nr. 336. — e) Nothwendiger Eid in Schwängerungssachen Nr. 140. — Ueber Alimentationspflicht cf. Nr. 207.

2. Obligationen auf Vorzeigen von Sachen. Schadensersatz. Actio ad exhibendum. Actio furti in duplum Nr. 353.

3. Obligationen aus der Bereicherung auf Kosten eines Anderen. Begründung der condictio indebiti in factischer Beziehung Nr. 338.

4. Obligationen aus Expropriationen. a) Zweck des Expropriationsgesetzes Nr. 148. — b) Expropriation gegen bloß Servitut-Berechtigte Nr. 214. — c) Ausdruck „Garten" in dem Expropriationsgesetze vom 10. Januar 1837 Nr. 232. — d) Auf welche Weise ist auszumitteln, ob ein Güterstück ein Garten sei? Nr. 233. — e) Expro-

priationsverfahren. Werth des Grundstückes als eines Bauplatzes. Werth der auf dem Grundstück befindlichen Bäume Nr. 82. — f) Expropriationsverfahren. Enteignung einer Seilerbahn Nr. 84. — g) Expropriationsverfahren. Schaden des Handwerksmannes in seinem Geschäfte durch Enteignung des Grundstücks Nr. 85. — h) Expropriationsverfahren. Werth des Grundstückes als eines zu einer Fabrikanlage geeigneten. Werth der auf dem Grundstück befindlichen Bäume Nr. 80. — i) Verhältniß der im Expropriationsverfahren vorbehaltenen weiteren Ausführung zu der Taxation im Vorverfahren Nr. 78. — k) Wesen der vorbehaltenen weiteren Ausführung im Expropriationsverfahren Nr. 79. — l) Definitiv-Erkenntnisse im Sinne des § 10 des Expropriationsgesetzes vom 10. Januar 1837 Nr. 83. — m) Endurtheile im Sinne des art. 12 der deutschen Bundesacte mit Berücksichtigung des Expropriationsgesetzes vom 10. Januar 1837 Nr. 135.

Hauptstück IV.

Von den Familienrechten.

A. Von der Ehe.

1. Von Eingehung der Ehe. a) Statutencollision. Abschluß der Ehe im Auslande, um die im Inlande geltenden Gesetze zu umgehen Nr. 110. — b) Aufhebung des Verlöbnisses durch eine abschreckende Krankheit des Verlobten Nr. 108. — c) Beweislast in Betreff der formellen Gültigkeit der Ehe Nr. 111. — d) Eheversprechen. Klage auf Erfüllung oder Entschädigung. Beabsichtigte Vollziehung der Ehe mit einer Dritten Nr. 241. — e) Wesentlicher Irrthum als Ehehinderniß Nr. 112.

2. Von der Ehescheidung. a) Abneigung der Eheleute als Scheidungsgrund Nr. 348. — b) Temporäre Trennung der Eheleute Nr. 347. — c) Aufrechthaltung der factischen Trennung der Eheleute Nr. 274. — d) Ist der Ehemann im Ehescheidungsprocesse verpflichtet, neben der Alimentation der Ehefrau auch noch die Proceßkosten vorzulegen? Nr. 1. — e) Der Ehemann braucht seiner Ehefrau einen Kostenvorschuß in einem Ehestreit nur bei dem Dasein einer formell gültigen Ehe zu leisten Nr. 113. — f) Richterliches Ermessen bei der Verbindlichkeit des Ehemannes, seiner Ehefrau die Kosten des zwischen ihnen obschwebenden Rechtsstreites vorzulegen Nr. 231. — g) Billiges Ermessen bei der Vermögensauseinandersetzung geschiedener Eheleute Nr. 208. — h) In wiefern liegt dem geschiedenen Ehemanne die Alimentation seiner geschiedenen Ehefrau ob? Nr. 207.

3. Persönliche Rechte der Ehegatten. a) Imperium maritale in Bezug auf die Wohnung Nr. 237. — b) Imperium maritale in Bezug auf den Haushalt Nr. 239.

4. Rechte in Ansehung des Vermögens. a) Recht des Ehegatten in Folge erheblicher Ursachen den Verkauf der Immobilien von Seiten des anderen Ehegatten zu hindern Nr. 116. — b) Einbringen der Verpflichtung der Währschaft oder der Insatzbestellung in

die Ehe von Seiten der Ehefrau. Einwilligung des Ehemannes. Nr. 253. — c) Administrationsbefugnisse des überlebenden parens. Tragung der Gefahr Nr. 271. — d) Bestellung eines Fideicommisses von Seiten des überlebenden Ehegatten Nr. 261. — e) Gesetzliche Gütergemeinschaft nach französischem Rechte. Die dem einen Ehegatten von seinen Miterben für seinen Antheil an der Immobiliarerbschaft bezahlte Abfindungssumme Nr. 49. — f) Gesetzliche Gütergemeinschaft nach französischem Rechte. Eine dem einen Ehegatten von seinem Vater gemachte Schenkung einer Geldsumme Nr. 50.

II. Von der Vormundschaft.
(Und den Güterverwaltungen.)

a) Testamentarische Vormundschaft. Verwaltung ohne Rechnungsstellung in Betreff der Einnahme unter obervormundschaftlicher Aufsicht Nr. 86. — b) Minderjährige als socii eines Handlungsgeschäftes. Rechnungsstellung Nr. 75. — c) Minderjährige als socii eines Handlungsgeschäftes. Anlegung von Mündelgeldern Nr 76. — d) Veräußerung von Fideicommißgut. Rücksichtsnahme auf den Werth desselben zur Zeit der Vergünstigung Nr. 276. — e) Kann eine Prodigalitätserklärung ex officio erfolgen? Nr. 234. — f) Gründe der Interdiction Nr. 235. — g) Nova bei Extrajudicialbeschwerden. Officialverfahren bei Interdictionen Nr. 236. — h) Function der Theilungsbeistände. Curator ad hoc zur Wahrung des Interesses der minderjährigen Miterben Nr. 87. — i) Anordnung einer Curatel über eine, Großjährigen zugefallene und von diesen angetretene Erbschaft Nr. 329. — k) Ist für den Erben, der zugleich Nachlaßgläubiger ist, bei einer Beneficialerbschaftsantretung zur Vertretung des Nachlasses gegen die Forderung des Erben ein curator ad hoc zu bestellen? Nr. 325.

Hauptstück V.

Das Erbrecht.

1. Testamentarische Erbfolge. a) Mystische Testamente nach französischem Rechte Nr. 55. — b) Beweis eines Testaments durch Zeugen Nr. 58. — c) Fideicommissum. Voluntas testatoris im Gegensatze zu den geschriebenen Worten. Begründung der Einrede einer abweichenden Willensmeinung des Testators. Fassung der Beweisauflage Nr. 95. — d) Aufhebung eines letzten Willens durch Handlungen des Erblassers Nr. 260. — f) Ungültigkeit des Testaments wegen Zwang Nr. 322.

2. Intestaterbrecht. a) Nach welchen Gesetzen bestimmt sich die Intestaterbfolge? Nr. 189. — b) Nach welchen Gesetzen bestimmt sich das Recht des Fiscus an die bona vacantia eines Verstorbenen? Nr. 190. — c) Intestaterbrecht entfernter Verwandter am Nachlasse Unehelicher Nr. 192. — d) Succession des Fiscus in die bona vacantia als Universalerwerb Nr. 191.

3. Erwerb. Rechtsmittel. Transmission. a) Anordnung einer Curatel über eine, Großjährigen zugefallene und von diesen angetretene Erbschaft Nr. 329. — b) Ist für den Erben, der zugleich Nachlaßgläubiger ist, bei einer Beneficial-Erbschaftsantretung zur Vertretung des Nachlasses gegen die Forderung des Erben ein curator ad hoc zu bestellen? 325. — c) Forum der Erbschaftsklage Nr. 193. — d) Hereditatis petitio in Form einer Interventio 1. Beweislast Nr. 188. — e) Unzulässigkeit des juramentum in litem bei der actio personalis ex testamento Nr. 48. — f) Function der Theilungsbeistände. Curator ad hoc zur Wahrung des Interesses der minderjährigen Miterben Nr. 87. — g) Jus repraesentationis in Bezug auf entferntere Descendenten von Geschwistern Nr. 98. — h) Transmissio ex capite restitutionis in integrum Nr. 99. — i) Transmissio ex capite restitutionis in integrum. Transmissio ex L. 19 C. de jure deliberandi Nr. 243.

4. Fideicommisse. Bestellung eines Fideicommisses von Seiten des überlebenden Ehegatten Nr. 261.

5. Notherbenrecht. a) Entziehung der Statutarportion Nr. 319. — b) Enterbung des Ehegatten. Beweisthema Nr. 320. — c) Enterbung des Ehegatten. Einredebeweis Nr. 321.

Hauptstück VI.

Von besonderen deutschrechtlichen Güterverhältnissen.

Erbpacht. Aufhebung einer Abgabe durch die gesetzgebende Gewalt des Staates. Schadensanspruch des Erbpächters hieraus geltend gemacht Nr. 358.

Hauptstück VII.

Handels- und Wechselrecht. Papiere au porteur. Lotterie.

1. Firma- und Geschäftsübertragung. a) Uebertragung einer Handlung mit allen activis und passivis auf einen Dritten. Wann erwirbt der Gläubiger der Handlung Klagrechte gegen diesen Dritten? Nr. 7. — b) Passiva sind bei dem Kaufe eines Geschäfts unter dem Ausdruck „Vermögen" oder „Geschäft" nicht mitbegriffen Nr. 8. — c) Uebertragung eines Geschäfts gegen einen Antheil am künftigen Gewinn Nr. 339.

2. Kaufmännische Empfehlung. a) Handelsgewohnheit Nr. 91. — b) Haftung Nr. 90. — c) Eigenes Interesse des Empfehlenden Nr. 93.

3. Commission. a) Commissionär. Courtage Nr. 289. — b) Verkaufscommission. Verkauf unter dem Limito. Klage auf die Differenz. Beweisvorbehalt für den Gegner. Glaubhaftmachen statt Beweises Nr. 240.

4. Spedition. a) Der vom Absender und Destinatär beauftragte Spediteur Nr. 45. — b) Eigenthumserwerb an den einem Spediteur übergebenen Waaren Nr. 46.

5. Makler. Makler. Verbot eigener Geschäfte. Anwendung auf Commissionsgeschäfte für auswärtige Speculanten Nr. 284.

6. Papiere au porteur. a) Prolongationsgeschäfte mit Staatspapieren. Beendigung Nr. 286. — b) Prolongationsgeschäfte mit Staatspapieren. Prästation der höchsten Diligenz Nr. 287. — c) Staatspapiere au porteur. Einwand des Beklagten, sie seien Eigenthum seiner Ehefrau Nr. 290.

7. Wechsel. a) Unterlassung der Anzeige der verweigerten Acceptation und Zahlung an den ersten Indossanten compensando geltend gemacht Nr. 350. — b) Einfluß des Concurses des unmittelbaren Vormannes auf die Benachrichtigung desselben innerhalb zweier Tage von Seiten des Inhabers eines Mangel-Zahlung protestirten Wechsels Nr. 126. — c) Dies interpellat pro homine bei einem Wechsel. Jede mora erfordert ein Verschulden des Debitors Nr. 226. — d) Constitutum debiti proprii in Betreff eines Saldo's aus einem Rechnungsverhältniß durch Ausstellung eines Wechsels vorgenommen Nr. 220. — e) Verjährung des Wechsels nach art. 46 der Frankfurter W. O. Nr. 221.

8. Lotterie. a) Classenlotterie. Spielvertrag für alle Classen Nr. 100. — b) Indossirte Loose. Zahlung der Einlagen Nr. 229. — c) Indossirte Loose. Was muß der Indossant leisten? Nr. 230. — d) Indossirte Loose. Eigenthum der Loose der späteren Classen Nr. 244. — e) Lotteriespielvertrag. Bestimmung der species bei dem Hingeben eines genus Nr. 245. — f) Lotteriespielvertrag. Zeitpunct der Wahl der species bei dem Hingeben eines genus Nr. 247. — g) Lotteriespielvertrag. Die Wahl der species bei dem Hingeben eines genus bedarf keiner Acceptation von Seiten des Klägers Nr. 248. — h) Lotteriespielvertrag. Bestimmung der species. Fassung der Beweisauflage Nr. 246.

II. Civilproceß.

A. Vom Gegenstande des Rechtsstreites.

1. Liegt eine Justiz- oder eine Verwaltungssache vor, wenn der von dem Staatsoberhaupte oder einer Administrativbehörde seines Dienstes entsetzte Staatsdiener sich über Rechtsverletzung beschwert? Nr. 11 — 2. Verfügung einer Verwaltungsbehörde über Privatrechte innerhalb ihrer Competenzbefugnisse. Ist hier eine Klage gegen die verfügende Behörde zulässig? Subsidiarität der Spolienklage Nr. 124. — 3. Freiwillige Gerichtsbarkeit. Obliegenheit des Richters Nr. 262. — 4. Einfluß eines anhängigen Criminalprocesses auf eine zu erhebende Civilklage Nr. 269.

B. Von den Subjecten des Rechtsstreites.

1. Vom Gerichte. a) Gerichtsstand der bei der hiesigen Zollverwaltung angestellten Beamten aus anderen Vereinsstaaten Nr. 65. — b) Gerichtsstand des Wohnorts eines auswärts Conditionirenden Nr. 280.

— c) Forum domicilii in Concurrenz mit dem forum gestae administrationis Nr. 341. — d) Ansprüche aus dem außerehelichen Beischlafe. Forum delicti resp. contractae obligationis Nr. 281. — e) Forum der Erbschaftsklage Nr. 193. — f) Forum connexitatis et continentiae causarum Nr. 342. — g) Begründung des Gerichtsstandes, weil das forum domicilii keine Klagerechte gewähre Nr. 283. — h) Prorogirter Gerichtsstand erfordert Zustimmung des angegangenen Richters Nr. 279. — i) Civiladhäsion, Competenz der Gerichte. Verfahren Nr. 352.

2. Von den streitenden Theilen. a) Legitimation der Kläger vor einem andern Gerichte in Frage gezogen Nr. 344. — b) Legitimation zum Processe. Rechtskraft in Bezug auf einen Dritten, der zwar der zunächst Betheiligte ist, wissentlich aber die Proceßführung einem entfernten Interessenten überlassen hat Nr. 17. — c) Bedürfen Corporationen ein sogenanntes decretum de litigando Nr. 66. — d) Pflegvater und Oheim als gerichtliche Vertreter Nr. 278. — e) Pflicht der Parthei, jede Nachlässigkeit in der Proceßführung zu vermeiden Nr. 363. — f) Verfügung einer Verwaltungsbehörde. Einfluß auf die Partheienrollen im künftigen Civilprocesse Nr. 125. — g) Armenrecht in dritter Instanz Nr. 324.

3. Von den Sachwaltern. a) Beglaubigung einer auswärts ausgestellten, aber von Frankfurt datirten Vollmacht Nr. 328. — b) Berichtigung eines error advocati Nr. 18. — c) Behauptung des Sachwalters, durch seine Schuld eine Frist versäumt zu haben Nr. 131.

C. Von den Klagen und Einreden. Intervention. Civiladhäsion.

1. Von Klagen. a) Gleichartige, auf demselben Fundamente beruhende Ansprüche müssen, insofern nicht besondere Gründe für deren Trennung Platz greifen, auf einmal eingeklagt werden. Verfolgung liquider Ansprüche getrennt von, auf demselben Fundamente ruhenden illiquiden Forderungen Nr. 29. — b) Cumulation von Klagen Nr. 44. — c) Klage in solidum angestellt. Das Fallenlassen der Klage gegen einen der Beklagten ist kein mutatio libelli Nr. 165. — d) Mutatio libelli. Verweigerte Einlassung auf die Klage Nr. 161. — e) Declaratio libelli Nr. 215. — f) Klage aus einem Contocorrent. Declaratio libelli in der Replik Nr. 345. — g) Klagbegründung. Detaillirte Angabe der Debetposten. Summarische Angabe der Creditposten Nr. 219. — h) Ueberweisung einer Forderung an Zahlungsstatt. Begründung der Klage gegen den Hauptschuldner Nr. 141. — i) Klagbegründung und Beweissatz in Schwängerungssachen Nr. 157. — k) Pluspetition in einem weitläufigen Rechnungsprocesse Nr. 297. — l) Pluspetitio bei Liquidation eines Schadens Nr. 177. — m) Das Verbot, ut lite pendente nihil innovetur, beginnt mit der Insinuation der Klage Nr. 256. — n) Einklagung geraume Zeit nach Ablauf der Kündigungsfrist Nr. 42. — o) Klage des Miteigenthümers auf Theilung Nr. 349. — p) Klage aus einem bestimmt gegebenem dictum promissumve Nr. 119. — q) Klage auf Ersatz des Interesses beim Verzuge des Verkäufers Nr. 178. — r) Reisekosten. Mangelnde Specification im Liquidationsverfahren Nr. 20. — s) Subsidiarität der Spolienklage Nr. 124. — t) Eheversprechen. Klage auf Erfüllung oder Entschädigung Nr. 241. — u) Liquide Klage. Illiquide Compensationseinrede Nr. 169. — v) Zurücknahme einer Klage Nr. 300.

2. Von den Einreden. a) Verwerfung der exceptio fori. Zurückweisung der Sache an den Unterrichter. Befugniß des Oberrichters Nr. 343. — b) art. 37 des J. R. A. Nr. 288. — c) art. 31 der prov. Proceßordnung Nr. 346. — d) art. 34 der prov. Proceßordnung geht nicht auf die im Deductionsverfahren angeführten Zeugenaussagen Nr. 26. — e) Verweigerte Einlassung auf die Klage Nr. 161. — f) Einrede der Simulation. Muß der Grund der Simulation angegeben werden? Mangelndes Interesse Nr. 224. — g) Einrede der Simulation. Deren Beweisverstellung Nr. 116. — h) Exceptio doli gegründet auf allgemeine Redensarten anpreisender Empfehlung. Nähere Substantiirung der exceptio doli Nr. 118. — i) Exceptio doli. Klage aus einem bestimmt gegebenem dictum promissumve Nr. 119. — k) Exceptio praejudicii. Geltendmachung eines Nebenrechts vor Erledigung des Hauptprocesses Nr. 196. — l) Exceptio non adimpleti contractus. Nähere Circumstantiirung derselben Nr. 9. — m) Exceptio non adimpleti contractus. Beweislast Nr. 10. — n) Einrede zu früher Klageerhebung Nr. 68. — o) Die Einrede der Verjährung kann nicht vom Richter supplirt werden Nr. 71. — p) Schadensforderung ex mandato vermittelst einer Compensationseinrede. Verweisung ad separatum Nr. 225. — q) Miethvertrag. Einrede des dolus. Replik, die mitbeklagte Ehefrau sei nicht getäuscht Nr. 292. — r) Miethzinsforderung. Einrede der Litispendenz Nr. 293. — s) Expromissio. Einreden aus der Person des Hauptschuldners Nr. 67. — t) Interdictum de itinere. Petitorische Einrede in dem possessorium. Nr. 218. — u) Exceptio rei judicatae. Richtigkeit einer Edictalcitation. Execution eines fremdrichterlichen Urtheils Nr. 127. — v) Intercession. Einrede des anhängigen Rechtsstreites gegen den Hauptschuldner Nr. 143. — w) Begründung der Einrede, die Schwängerungsklägerin sei eine öffentliche Dirne Nr. 159.

3. Intervention. Hereditatis petitio in Form einer Intervention. Beweislast Nr. 188.

4. Civiladhäsion. a) Civiladhäsion. Competenz der Gerichte. Verfahren Nr. 352. — b) Civiladhäsion. Nicht liquide Posten sind abzuweisen Nr. 356. — c) Verzugszinsen bei Civiladhäsionen Nr. 355. — d) Schadensersatz in einem Criminalurtheile ausgesprochen. Das Criminalerkenntniß ist in Betreff dieses Punctes als Erkenntniß in einer Civilsache aufzufassen Nr. 357.

D. Rechtshängigkeit.

1. Intercession. Einrede des anhängigen Rechtsstreites gegen den Hauptschuldner Nr. 143. — 2. Miethzinsforderung. Einrede der Litispendenz Nr. 293.

E. Urtheil. Rechtskraft. Proceßzinsen. Proceßkosten.

1. Urtheil. a) Befugniß des Civilrichters, Officialuntersuchung wegen Bestechung von Zeugen und ähnlichen Vergehen anzustellen. Richterliche Befugniß auf ein nicht verhandeltes minus zu erkennen Nr. 6. — b) Uebergehen geforderter Zinsen im Urtheile involvirt nur dann eine stillschweigende Aberkennung, wenn dasselbe ein Definitiverkenntniß ist. Richterliche Befugniß die Entscheidung über gewisse Streitpuncte bis zum Endurtheile auszusetzen Nr. 23. — c) Befugniß

F. Vom Beweise.

e) Ist der Einwand des alibi speciell zum Beweise zu verstellen? Nr. 158. — f) Beweisauflage in Betreff der Inhaberschaft einer Handlung Nr. 163. — g) Klagbegründung und Beweissatz in Schwängerungssachen Nr. 157. — h) Fideicommissum. Voluntas testatoris im Gegensatze zu den geschriebenen Worten. Begründung der Einrede einer abweichenden Willensmeinung des Testators. Fassung der Beweisauflage Nr. 95. — i) Ungültigkeit des Testaments wegen Zwang. Beweisauflage Nr. 322. — k) Beweisinterlocut. Zusammengesetzter Beweis Nr. 194. — l) Glaubhaftmachen statt Beweises Nr. 240. — m) Schadensersatz. Beweisinterlocut Nr. 147.

4. Beweisfrist. a) Gleichzeitige Beweisfrist für Beweis und Gegenbeweis im summarischen Processe Nr. 160. — b) Beneficium novorum. Ablauf der Beweisfrist Nr. 258. — c) Der Ablauf der peremtorischen Beweisfrist hindert nicht, in höherer Instanz mittelst des beneficium novorum neue Beweismittel vorzubringen Nr. 27.

5. Gegenbeweis. a) Verzicht auf den Gegenbeweis Nr. 54. — b) Präsumtion daraus, daß der Gegner den Gegenbeweis nicht angetreten hat Nr. 37. — c) Kann ein gerichtliches Geständniß durch Gegenbeweis beseitigt werden? Nr. 168. — d) Eideszuschiebung beim Gegenbeweise Nr. 298. — e) Eidesdelation im künstlichen Gegenbeweise Nr. 158. — f) Gegenbeweis gegen eine im Gegenbeweise aufgestellte Präsumtion Nr. 327.

6. Beweisergebniß. a) Beweisführung. Deren Verwerfung Nr. 312. — b) Beweisführung bei der actio de recepto Nr. 73. — c) Beweis der Simulation. Richterliches Ermessen in Betreff des dolus Nr. 361.

7. Zeugenbeweis. a) Zeugen, die der Sachen mitverwandt sind. Die Mittelspersonen eines Geschäftes als Zeugen Nr. 103. — b) Mandatar und Unterhändler des Producenten als Zeuge Nr. 203. — c) Makler. Dessen Glaubwürdigkeit Nr. 174. — d) Makler. Vermuthung, daß deren Aussagen sich auf die Preise größerer Kaufgeschäfte beziehen Nr. 175. — e) Dienstverhältniß des Zeugen zu dem Producenten Nr. 310. — f) Litisdenunciat als Zeuge. Interesse des Zeugen am Ausgange des Processes Nr. 305. — g) Schlechte Vermögensumstände des Zeugen Nr. 306. — h) Zeuge. Civilproceß desselben mit dem Producten Nr. 173. — i) Feindselige Gesinnung des Zeugen Nr. 309. — k) Zeugenbeweis. Bescheinigung der Einreden gegen die Zeugen. Freundschaft des Zeugen zu dem Producenten Nr. 308. — l) Die zu einem Notariatsacte beigezogenen Zeugen als Proceßzeugen Nr. 57. — m) Zeugenbeweis. Nichtgemachter Vorbehalt der Einreden gegen Person und Aussage des Zeugen Nr. 311. — n) Abhör eines einzigen Zeugen. Erfüllungseid Nr. 204. — o) Beweis eines Testamentes durch Zeugen Nr. 58. — p) Gewissensvertretung. Beweis durch einen Zeugen Nr. 39. — q) Erfüllungseid. Richterliches Ermessen bei dem Beweise durch einen untadelhaften Zeugen Nr. 182. Nr. 104. — r) art. 34 der prov. Proceßordnung geht nicht auf die im Deductionsverfahren angeführten Zeugenaussagen Nr. 26. — s) Wann sind nachträglich vorgeschlagene Zeugen noch zuzulassen Nr. 3. — t) Zulässigkeit nachträglich vorgeschlagener Zeugen mit Rücksicht auf das, was durch dieselben bewiesen werden soll Nr. 4. — u) Zulassung neu aufgefundener Zeugen. Restitution wegen derselben Nr. 89.

8. Urkundenbeweis. a) Notariatsurkunde. Beweiskraft derselben, wenn der Notar später aufgehört hat, gültiger Zeuge in dem betreffenden Processe zu sein Nr. 56. — b) Beweis durch Handelsbücher Nr. 268. — c) Beweiskraft der Ehepacten Nr. 314. — d) Privatattest des Hausarztes Nr. 313. — e) Irrelevanter Urkundenbeweis in Verbindung mit anderen Beweismitteln Nr. 307. — f) Theilweise Bezahlung. Abschreibung auf der Urkunde Nr. 304.

9. Beweis durch Eid. a) Antrag auf einen nothwendigen Eid bei vollständig geführtem Beweise. Befugniß des Appellationsrichters Nr. 316. — b) Ist der Schiedseid, zu dessen Leistung sich die Parthei erboten hat, im Falle des Versterbens derselben für geleistet zu erklären? Nr. 101. — c) Zurücknahme des deferirten Eides nach erfolgter Acceptation und nachdem auf dessen Ableistung erkannt war Nr. 257. — d) Reservation der Eidesdelation. Verfahren Nr. 183. — e) Eideszuschiebung beim Gegenbeweise Nr. 298. — Nr. 158. — f) Formulirung des Schiedseides Nr. 28. Nr. 334. Nr. 184. — g) Schiedseid. Hinzufügung des eventuellen Urtheils Nr. 265. — h) Gewissensvertretung. Beweis durch einen Zeugen Nr. 39. — i) Chicanöse Proceßführung übt nur Einfluß bei richterlichen Eiden Nr. 38. — k) Erfüllungseid Nr. 33. Nr. 41. — l) Reinigungseid Nr. 362. — m) Abhör eines einzigen Zeugen. Erfüllungseid Nr. 201. — n) Gerichtlicher Eid bei dem testimonium singulare Nr. 104. — o) Erfüllungseid. Richterliches Ermessen bei dem Beweise durch einen untadelhaften Zeugen Nr. 182. — p) Richterliches Amt bei Normirung des nothwendigen Eides Nr. 132. — q) Reinigungseid. Verdacht wahrscheinlich gemacht Nr. 333. — r) Richterlicher Eid in Schwängerungssachen Nr. 140. Nr. 156. — s) Richterlicher Eid bei facta aliena Nr. 59. — t) Glaubenseid Nr. 180. — u) Glaubenseid bei facta aliena Nr. 210. — v) Sinn des Glaubenseides Nr. 211. — w) Glaubenseid. Clausel „nach sorgfältiger Erforschung der Wahrheit" Nr. 181. — x) Glaubenseid. Annahme über Nichtwissen. Begriff des fremden Factums Nr. 212. — y) Unzulässigkeit des juramentum in litem bei der actio personalis ex testamento Nr. 48.

10. Beweis durch Geständniß. a) Beweiskraft eines Geständnisses. Animus confidenti Nr. 315. — b) Kann ein gerichtliches Geständniß durch Gegenbeweis beseitigt werden? Nr. 168.

11. Vermuthungsbeweis. a) Veränderungen werden nicht vermuthet Nr. 25. — b) Vermuthung für das Fortbestehen rechtlicher Verhältnisse Nr. 163. — c) Präsumtion daraus, daß der Gegner den Gegenbeweis nicht angetreten hat Nr. 37. — d) Vermuthung für eine Schenkung Nr. 35. — e) Vermuthung aus früheren geschlechtlichen Beiwohnungen für eine später stattgehabte. Nothwendiger Eid in Schwängerungssachen Nr. 156. — f) Makler. Vermuthung, daß deren Aussagen sich auf die Preise größerer Kaufgeschäfte beziehen Nr. 175.

12. Beweis durch Sachverständige. Formelle Mängel der Gutachten von Sachverständigen Nr. 81.

13. Künstlicher Beweis. Beweis des dolus per aequipollens Nr. 34.

G. Von den Rechtsmitteln.

1. Berufung. a) Einführungsfrist der Oberappellation im Falle, daß beide Partheien Oberappellation und Revision mit Vorbehalt der Wahl interponirt haben Nr. 138. — b) Gerichtsgebrauch des Ober-

appellations-Gerichts, die Formalien der Appellation getrennt von den Materialien derselben zu verhandeln Nr. 137. — c) Ref. I. tit. 43 § 4 Nr. 2. — d) Allgemeine Appellationsbeschwerde Nr. 227. — e) Ausdehnung der anderweitig begründeten Appellation auf nicht appellable Puncte Nr. 5. — f) Connexität der von beiden Partheien ausgeführten Appellationen. Verhältniß der einen zur andern als Präjudicialsache Nr. 136. — g) Zurückweisung einer Streitsache an die erste Instanz zum Erkenntniß über eine von dieser noch nicht entschiedene Frage Nr. 123. — h) Befugniß des Appellationsrichters Nr. 316. Nr. 343. — i) Mutatio libelli in der Appellationsinstanz Nr. 162. — k) Novum in der Appellationsinstanz. §§ 130 — 132 der Oberappellationsgerichts-Ordnung Nr. 146. Nr. 205. — l) Beneficium novorum. Ablauf der Beweisfrist Nr. 258. — m) Der Ablauf der peremtorischen Beweisfrist hindert nicht, in höherer Instanz mittelst des beneficium novorum neue Beweismittel vorzubringen Nr. 27. — n) Eine mittelst Beibringung von nova in höherer Instanz anticipirte Beweisführung zur Beseitigung des Beweisverfahrens Nr. 217. — o) Formeller Mangel im Verfahren. Rechtsmittel Nr. 272. — p) Allgemeiner Vorbehalt aller weiteren Rechte gegen ein Urtheil Nr. 238. — q) Ueber den Suspensiveffect eines Rechtsmittels cf. p. 128. — r) Adhäsion Nr. 92.

2. Extrajudicialappellation. a) Einlegung der Extrajudicialappellation Nr. 275. — b) Nova bei Extrajudicialbeschwerden. Officialverfahren bei Interdictionen Nr. 236.

3. Restitution. a) Restitution wird nur wegen Fahrlässigkeit des Anwalts, nicht der Parthei ertheilt Nr. 53. — b) In integrum restitutio wegen Versäumung der Nothfrist. Der Sachwalter als Parthei. Theilweise Restitution Nr. 172. — c) Restitution gegen Versäumniß der Nothfrist Nr. 206. — d) Behauptung des Sachwalters, durch seine Schuld eine Frist versäumt zu haben Nr. 131. — e) Bescheinigung des Restitutionsgrundes. Strafe der Versäumniß Nr. 139.

4. Einfache Beschwerden. Erfordernisse. Verfahren Nr. 277.

5. Nichtigkeitsbeschwerde. a) Die Nichtigkeitsbeschwerde kann nur gegen den Inhalt des vorigen Urtheils gerichtet werden Nr. 61. — b) Nichtigkeit des Verfahrens. Nichtigkeitsbeschwerde verbunden mit der Appellation Nr. 296. — c) Formeller Mangel im Verfahren. Rechtsmittel Nr. 272.

6. Civiladhäsionen. a) Rechtsmittel bei Civiladhäsionen Nr. 351. — b) Schadensersatz in einem Criminalurtheile ausgesprochen. Das Criminalerkenntniß ist in Betreff dieses Punctes als Erkenntniß in einer Civilsache aufzufassen Nr. 357.

II. Executionsinstanz.

1. Hülfsvollstreckung. Verfahren, sobald der Schuldner die Existenz der zu pfändenden Forderung bestreitet Nr. 228. — 2. Requisition und Beschlaglegung von Seiten eines auswärtigen Gerichtes Nr. 330. — 3. Exceptio rei judicatae. Nichtigkeit einer Edictalcitation. Execution eines fremdrichterlichen Urtheils Nr. 127.

I. Zwischenhandlungen.

1. Cautio judicatum solvi et de judicio sisti Nr. 120. — 2. Sicherheitsmaßregeln aus dem Gesichtspuncte eines Provisoriums Nr. 130. — 3. Gehör des Gegners vor Verfügung bei Provisorien Nr. 273.

Vom Gläubigerconcurse.

1. Befugniß des Cridars in Bezug auf die Güterverwaltung Nr. 200. — 2. Das Locationsurtheil im Concurse ist nicht an die Liquidstellung sämmtlicher Forderungen und Gegenforderungen geknüpft Nr. 201. — 3. Verzicht der Gläubiger auf das ihnen am Vermögen des Gemeinschuldners zustehende Recht in Ansehung einzelner Bestandtheile desselben. Liquidationen solcher Gläubiger, für deren Befriedigung aus dem Concurse keine Aussicht vorhanden ist Nr. 202. — 4. Befriedigte Gläubiger im Concurse im Gegensatze zu gleichstehenden unbezahlten Gläubigern Nr. 186. — 5. Abfindung des Insatzgläubigers durch die Concursmasse Nr. 185. — 6. Einfluß des Concurses des unmittelbaren Vormannes auf die Benachrichtigung desselben innerhalb zweier Tage von Seiten des Inhabers eines Mangel-Zahlung protestirten Wechsels Nr. 126. — 7. Güterseparation. Vorbehalt, die in die Güter gemachten Verwendungen mittelst einer besonderen Klage zu verfolgen Nr. 264.

B.

Alphabetisches Register

über die

Rubriken der Rechtsfälle des dritten und vierten Bandes.



